

## Cuestiones ligadas al delito de robo: consumación, tentativa, desistimiento, insignificancia, armas, privación de la libertad, encubrimiento y testigo único

---

POR NATALIA ARGENTI (\*)

**Sumario:** I. Palabras iniciales.- II. Estructura del trabajo.- III. Desarrollo de la propuesta.- IV. Conclusión.- V. Bibliografía.

**Resumen:** este artículo pretende ofrecer al lector un panorama general respecto de los temas centrales o troncales que se presentan en torno al delito de robo. Se pasará revista sobre el tratamiento jurisprudencial que reciben los puntos enunciados en el título que da nombre a este trabajo. Se analizarán aquellas situaciones problemáticas que tienen en la práctica mayor trascendencia, dejando al descubierto la disparidad de criterios que reinan en el tema. La idea de esta empresa no es convencer al lector sobre la conveniencia o no de una determinada forma de dar respuesta a las contingencias que presenta cada temática, sino que conozca el estado de la cuestión y pueda así decidir en consecuencia. Teniendo en cuenta que se trata de un trabajo que aborda la faz práctica del delito de robo, se acotará al mínimo posible el empleo de obras doctrinarias.

**Palabras claves:** robo - consumación - tentativa - insignificancia - armas

**Issues linked to the crime of theft: consuming, attempt, withdrawal, insignificance, weapons, deprivation of freedom, coverage and unique witness**

**Abstract:** *this article is intended to give the reader a general picture of the central themes or trunks which arise with respect to the crime of theft. It will be reviewed on the jurisprudential treatment who receive the points outlined in the title that gives its name to this work. Will analyze those problematic situations that are most important in practice, leaving the disparity of criteria that prevail in the subject. The idea of this company is not to convince the reader of taking sides by a particular temperament, but that he gets to know the state of the question and can thus decide accor-*

---

(\*) Prof. Prácticas Penales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

*dingly. Taking into account that this is a work that addresses the practical face of the crime of theft, the use of doctrinal works will be limited to the minimum possible.*

**Keywords:** *theft - consummation - attempt - insignificance - weapons*

## **I. Palabras iniciales**

El análisis de la faz práctica de algunas cuestiones ligadas al delito de robo nos permitirá observar el modo en que los diferentes órganos judiciales trabajan con esta figura penal. El área práctica dejará al descubierto las diferentes respuestas que se han elaborado sobre el tema. La idea central es confeccionar una especie de catálogo de respuestas judiciales, seleccionadas con mucho cuidado, para que el destinatario posea un amplio y rico panorama de los datos teóricos que a nivel abstracto son de suma importancia para la comprensión de cada tema, como así también ofrecer un vasto menú de las situaciones que provienen del caso en concreto y del modo en que son analizadas por los jueces en sus sentencias. El método de trabajo, basado en la cita de precedentes, resulta el modo adecuado para transitar el camino con neutralidad, ya que, como se adelantó, en ningún momento se dará una opinión personal ni se tomará partido por una u otra solución posible.

## **II. Estructura del trabajo**

Los datos que se suministran se encuentran dispuestos en 7 puntos, que brindan una amplia gama de información sobre varios temas de interés que se presentan al trabajar con el delito de robo.

Los puntos son los siguientes: 1) Consumación y tentativa, 2) Desistimiento voluntario, 3) Insignificancia o bagatela, 4) Robo con armas, 5) Robo y privación de la libertad, 6) Robo y encubrimiento y 7) Testigo único y valoración.

No se efectuarán citas bibliográficas ya que, como se dijo, el trabajo se limita al estudio del área práctica. Y es en tal dirección que los diversos puntos aludidos se abordan empleando fallos emanados tanto de la órbita federal como de la provincial.

Ubicándose al final una breve reflexión personal a modo de conclusión.

## **III. Desarrollo de la propuesta**

### **III.1. Consumación y tentativa**

Este tema resulta uno de los más importantes ya que, determinar si una conducta se ubica en la etapa de conato o en la del delito consumado es uno de los

primeros escollos que se deben encarar a la hora de resolver un caso; y además tendrá significativa incidencia en la escala penal aplicable. Cuando se analiza una acción que posee las características de una sustracción y se busca definir con precisión la imputación que se realizará, lo primero que hay que dilucidar, inmediatamente después de determinar si la cosa era ajena —dada la ajenidad que requiere el artículo 164 del Código Penal (CP) como figura básica del delito de robo—, es conocer si el hecho ha quedado en grado de tentativa o se ha consumado.

No puede dejarse de lado que, en la sistemática de nuestro código penal, la consumación del robo exige la verificación de dos extremos sucesivos: el desapoderamiento de la víctima y el consecuente “apoderamiento” por parte del autor, que solo se verifica cuando la cosa sustraída ha salido de la “esfera de custodia” de su dueño y es tomada por el sujeto activo con ánimo de poseerla y ejercer sobre ella poder de disposición. Vale decir que es necesario en todo caso acreditar la existencia de esa “fractura” en la relación jurídica del tenedor con la cosa y la asunción de un poder real de disposición por parte del ladrón.

La SCPBA desde antaño viene sosteniendo la misma doctrina (P. 40.655, P. 41.632, P. 42.885, P. 44.046, P. 45.891, P. 52.225, P. 53.818, P. 77.735, P. 111.687 y otros), llamándonos a la reflexión sobre las características del caso en concreto, instando a la observación de la existencia o no de acciones impeditivas de la consumación por parte de la víctima o de terceros para determinar si el delito ha quedado tentado o consumado.

Habrá que mirar celosamente el supuesto, con todos sus detalles, y luego aventurar la respuesta. Hay casos de simple abordaje y otros que requieren otro tipo de esfuerzo intelectual y jurídico.

Ningún problema se generará, por ejemplo, si entre el despojo y la aprehensión transcurre un prolongado lapso. Nadie dirá que dicha conducta se encuentra tentada.

Un precedente alusivo a dicho sencillo supuesto lo constituye lo fallado por el Tribunal Criminal Nº 3 de La Plata, en la causa Nº 4709, “Lucero, Gustavo”, del 13/4/2016, en el que la consumación del ilícito era el único camino posible, ya que el objeto sustraído, esto es una motocicleta, fue secuestrado en poder del sujeto activo varios días después del hecho, desarmada, con piezas rotas y las llaves colocadas.

Ahora bien, si solo transcurre un breve tiempo, unos minutos, la tesis mayoritaria otorga la misma solución, inclinándose por la consumación del ilícito. La Suprema Corte en la causa P 83.760, “G., A.”, del 03/06/2009.



Expuso:

Ha resuelto reiteradamente esta Corte que hay delito consumado si el imputado tuvo la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros, pues si el poder de disponer de la cosa ha pasado al reo aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviera en condiciones de impedirlo, el hecho está consumado aun cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto de aquélla por su detención o el secuestro del objeto desapoderado (conf. P. 40.655, sent. del 13-II-1990; P. 49.266, sent. del 1-XII-1992; P. 57.645, sent. del 28-V-1996; P. 60.556, sent. del 10-V-2000; P. 66.846, sent. del 13-III-2002; P. 66.690, sent. del 11-X-2006; entre muchas otras). Lo expuesto es aplicable al caso de autos, pues ‘(...) al salir los malvivientes del local fueron inmediatamente perseguidos por B. e Y., pero que éstos los perdieron de vista al llegar a la esquina (...)’ (fs. 505). La detención se produjo al haber sido interceptados ‘ (...) luego de una minuciosa recorrida por una posible vía de escape que hicieran los efectivos policiales a consecuencia de haber recibido el alerta (...) aproximadamente cinco minutos después de ocurrido el hecho’ (fs. 505/vta.). Lo expuesto no obsta que la imputada haya ejercido aunque sea por breves momentos el poder de disposición sobre la cosa, dando así lugar a la consumación. En tal sentido, lo relevante para tener por consumado el apoderamiento no es el ‘aprovechamiento’ del que pudiera gozar el autor respecto de la res furtiva, sino la ‘posibilidad de disposición’ sobre la misma fuera de la esfera de custodia de la propia víctima o de un tercero, lo que incluye otras hipótesis como, por ejemplo, su destrucción (conf. P. 66.690, sent. del 11-X-2006).

Ese mismo criterio fue adjudicado por la Sala IV del Tribunal de Casación Provincial, a la causa 65.403, “Gomez, Ezequiel”, el 19/02/2015, en un caso en el que el imputado, luego de efectuar la sustracción, se dio a la fuga, fue perdido de vista por breves momentos (tan solo algunos minutos) y al aprehenderlo poseía consigo la totalidad de los objetos sustraídos. Aquí se ve como la consumación no se mide por el recupero total de los bienes, sino por el hecho de que el imputado pasó tiempo con el botín, sin interferencia de los que pretendían el retorno de las cosas o llevar a cabo su aprehensión. El Tribunal enseñó:

el ‘a quo’ tuvo por acreditado que: ‘el día 21 de diciembre de 2008 aproximadamente a las 5:30hs. Ezequiel Ignacio Gómez en la intersección de las calles San Martín y Rodríguez de la ciudad de Baradero previo intimidar con un arma de fuego a Flavio Chapuis y a Emanuel Sire, se apoderó ilegítimamente de un teléfono celular marca Motorola V5 propiedad de Chapuis.’ Para formar su convicción sincera y certera el ‘a



quo' valoró especialmente el relato de las víctimas, quienes explicaron en forma conteste como se sucedieron los hechos, refiriendo que una vez que fueron abordados y desapoderados por un sujeto que extrajo de entre su ropa un arma de fuego, efectuaron un llamado a la policía, quienes al arribar al lugar, y luego de brindarles a los funcionarios una descripción fisonómica y de vestimenta del malhechor, comenzaron a patrullar la zona a bordo del móvil policial, dando con el asaltante quien se encontraba cerca del lugar donde se había producido el robo. Manifestaron que pudieron observar cuando los uniformados revisaron y secuestraron en poder del aquí imputado, el teléfono celular que minutos antes les habían robado. La injerencia policial, tal como señalaran las víctimas, se da minutos después de producido el hecho, produciéndose la detención en una zona adyacente al lugar del robo. Con ello, queda claro que no hubo un seguimiento inmediato sobre la conducta desplegada por los asaltantes, lapso durante el cual el autor tuvo la efectiva posibilidad de disponer del valor sustraído sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros, aún cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto del mismo por su detención o secuestro del objeto desapoderado. Es decir, si bien entre la fuga y la detención hubo un escaso lapso temporal, no lo es menos que existió una clara solución de continuidad que impide considerar el robo como tentado. Lo dicho comulga con lo sostenido por este Tribunal, en cuanto a que ' (...) la tentativa de robo deja de serlo por consumación en la primera oportunidad en que el autor hace suya la cosa mediante sustracción, y tiene la posibilidad de disponer de ella, por breve que sea el lapso durante el cual el dueño o tenedor queda privado del completo ejercicio de las facultades correspondientes a su derecho en la cosa; o sea que el apoderamiento ilegítimo se consuma cuando el imputado tiene la posibilidad, aunque momentánea, de ocultarla, dañarla o destruirla (Sala III, sent. del 13/2/01 en causa 3558, 'Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa 524'). Verificada la posibilidad de disposición, el robo queda entonces consumado sin que la ulterior recuperación de alguno de los bienes sustraídos pueda retrotraer el 'iter criminis' a etapas ya superadas, debiendo en consecuencia permanecer incólume lo decidido por el 'a quo'.

El reclamo inherente a que un plazo corto entre la sustracción y la aprehensión del sujeto activo dejaría el *iter criminis* en la fase de conato ha sido rotundamente desacreditado también por la Sala II, del Tribunal de Casación Provincial, en la causa N° 64.087, "Cavalleri, Emiliano", del 28/10/2014:

Debe dejarse bien claro que lo importante para decidir acerca de la consumación o no del apoderamiento es la posibilidad de disposición

física por parte del autor, mientras que, en cambio, no resulta decisivo el alejamiento mayor o menor de la cosa con respecto a su legítimo tenedor; circunstancia ésta que torna inocuo el argumento de la defensa con sustento en el corto espacio que los autores recorrieron en su huida. A ello debe agregarse que, la mayor o menor perfección de la tenencia de la cosa por parte de los sujetos activos sólo atañe al grado de posibilidad de restitución de la tenencia ya aniquilada; pero no puede incidir en la lesión patrimonial jurídicamente perfecta. Con esto quiero decir que tampoco resulta idónea la alegación del recurrente basada en el breve lapso durante el cual los autores tuvieron la posibilidad de disponer de la res furtiva. Cerrando el punto, cabe recordar aquí que hay apoderamiento, y por ende delito consumado, en el preciso instante en que el sujeto tiene la posibilidad física de disponer de la cosa sustraída. Si bien esa posibilidad no nace mientras pueda ser impedida por la víctima, terceros o la autoridad que acuda en su auxilio, lo cierto es que, transcurrido ese momento -aún cuando el mismo sea breve- el delito se encuentra indefectiblemente perfeccionado, sin que la circunstancia de que el autor no haya dispuesto efectivamente de las cosas o haya sido impedido de hacerlo por su posterior detención con secuestro de la res furtiva, pueda conmovir en un ápice la consumación ya acaecida (Conf. Causa N° 4065 “Jaime, Diego Ceferinio s/Rec. de Casación” Sent. 29/05/03 - Reg. n° 344).

La Sala III de dicho órgano judicial, por la misma senda, y en la causa N° 74.256, “Gomez, David”, del 12/04/2016, indicó que alcanzan breves instantes, unos pocos minutos, para que el desapoderamiento pueda tenerse por consumado, ya que no es la efectiva “disponibilidad” de la res furtiva lo que determina la consumación del robo, sino que hay que acreditar la existencia de una “fractura” en la relación jurídica entre el tenedor con la cosa y la asunción de un “poder real de disposición” por parte del ladrón. Señaló que en el caso: “desde el momento en que Alcaraz divisa al imputado, y hasta que toman conocimiento del delito e inicia la persecución y visualiza a Gómez, transcurrieron minutos (...) lo pierde de vista, hasta el momento en que el encartado resulta aprehendido. Ese lapso permite afirmar que existió posibilidad de disposición sobre la billetera y el celular, lo que en consecuencia, también determina la decadencia del agravio”.

A su turno, la Sala V, en la causa N° 75.655, “Ramires, Oscar”, del 8/09/2016, dio por consumada la actividad delictiva en un supuesto de coautoría, en razón de que sin perjuicio de que uno de los imputados había sido aprehendido de inmediato, el otro se había dado a la fuga y había sido perdido de vista por unos minutos, sin que haga mella que las cosas se hayan recuperado en su totalidad. Asimismo, señaló que la idea de “libre disposición” no abarca únicamente actos de empleo de la cosa para su fin específico —porque ello implicaría identificar la

consumación del apoderamiento con la especial destinación de la cosa—, ya que bien dispone de la res furtiva quien la oculta, la entrega, se deshace de esta o la destruye; acciones que pueden llevarse a cabo en breves segundos y representan la pérdida de la esfera de custodia para el sujeto pasivo.

Un fallo que de modo exhaustivo detalló las distintas concepciones doctrinarias que surcan el tema, y que vale la pena transcribir, pese a su extensión, por la talla de los autores citados, es el emanado de la Sala IV del Tribunal de Casación Provincial, en la causa N° 75.894, “Gutierrez, Francisco”, del 28/06/2016.

Quedó debidamente acreditado que el personal policial se constituyó en el lugar de los hechos al ser anoticiados de lo sucedido por el testigo Real, quien se encargó de aclarar que había visto como los inculpados se dirigían hacia la estación de trenes cercana al domicilio damnificado, no siendo cierta la afirmación efectuada por el quejoso, al referirse que tanto Real como los preventores nunca habían perdido de vista a los acusados, de modo tal que el cuadro descripto permite arribar a la conclusión que los mismos pudieron disponer libremente de lo sustraído.(...) a efectos de analizar lo relativo a la consumación del delito de robo, debemos centrar nuestra atención en lo atinente a la determinación de los alcances del significado del verbo “*apoderar*” -como manifestación del acto punible contenido en los tipos correspondientes no solo al delito robo sino también al de hurto-. La misma ha dado lugar a varias posturas. Así, dentro de las clásicas se alinean: a) Teoría del simple tocamiento (“*aprehensio rei*”) que considera que el delito se consuma en cuanto la mano del sujeto entra en contacto físico con la cosa de la cual éste pretende apoderarse; b) Teoría de la remoción (“*amotio*”) para ésta el momento de consumación es aquél en que el delincuente ha movido la cosa, objeto del delito, del puesto que ocupa; c) Teoría de la traslación (“*ablatio*”) exige que la cosa sea sacada de la esfera de actividad de quien la tiene, es preciso un desplazamiento físico de la cosa de la órbita de acción de su dueño y d) Teoría de la “*locupletatio*”, que considera preciso, para que el delito se halle consumado, que el ladrón haya sacado provecho de la cosa obtenida. Frente a estas teorías se ha levantado, entre otras, la denominada del apoderamiento verdadero y propio, sostenida por el autor italiano Giuriati quien arguye que el principio de la custodia es la base para caracterizar la grave cuestión de cuándo sale la cosa de la posesión de su dueño y cuándo pasa a la posesión del delincuente (Molinario, 1943, p. 443-446). También se memoró que Eusebio Gómez, así como la jurisprudencia imperante hasta 1948, adhieren a la teoría de la “*motio*” y señala que el apoderamiento del texto del Código Penal Argentino (...) consiste en la remoción de la cosa del lugar que ella ocupa, juzgándose que



esa remoción, acompañada de la intención dolosa, basta para determinar el perjuicio patrimonial que es de la esencia del delito (...) (Gómez, 1941, p. 27). A este punto, corresponde recordar que la tesis de la '*amotio*' fue jurisprudencialmente abandonada, aunque no en forma definitiva, a partir del fallo plenario de la Cámara de Crimen en los autos '*Tabacchi*' (Fallos C.C. de A., p. 245), en el que se resolvió que: (...) la sola remoción de la cosa ajena no basta para consumir el delito de hurto (...). Señaló en aquella oportunidad el doctor Ure que: (...) como el hurto sólo alcanza su madurez mediante el apoderamiento de la cosa, resulta imprescindible fijar la propia y jurídica naturaleza de esa acción de apoderarse, la cual no se cumple, en mi sentir, por la única circunstancia de que sea movida aquélla del sitio en que se halle colocada, estoy convencido de que sólo se produce el apoderamiento cuando se retira un objeto del lugar en que se encuentra, debiendo entenderse por lugar -y este es el '*quid*' del asunto-, la esfera de acción y de custodia del derecho-habiente, y, al mismo tiempo, se somete dicho objeto al propio señorío, adquiriendo la posibilidad de ejercer sobre él actos de disposición; posibilidad que, correlativamente, se suprime para el legítimo tenedor (...). Señaló con extraordinaria claridad Jiménez de Asúa, que si los magistrados (...) en vez de acumular citas en sus sentencias hubieran desentrañado el núcleo del tipo del hurto y del robo, no habrían dudado, desde el primer momento, que apoderarse es poder ejercer actos posesorios sobre la cosa durante un tiempo cualquiera, por brevísimo que sea (Jiménez de Asúa, 1977, p. 806). También juristas de la talla de Soler y Fontán Balestra han sido coincidentes en el sentido que habrá de asignársele al verbo del tipo. El primero de ellos, en síntesis de las posturas por ambos sostenidas, explica que: (...) la afirmación de que se haya o no producido el apoderamiento depende, en consecuencia, de las variadas formas en que puede realizarse la exclusión del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón. En este punto debe atenderse no sólo al ánimo de apoderarse, sino al hecho de poder hacer actos dispositivos (...) (Soler, 1988, p. 197; Fontán Balestra, 1969, p. 434 y ss.). Los aludidos maestros referenciaron que quizás el desarrollo más profundo y completo de la materia lo ha realizado Frías Caballero al expresar que: (...) La figura del hurto, en efecto, ha sido construida acuñándose el tipo de acción desde el punto de vista del sujeto activo, esto es, de aquello que éste ha de obtener para perfeccionar el delito ('apoderamiento') y no desde el del sujeto pasivo (como ocurriría, por ejemplo, si el verbo utilizado fuese '*sustraer*' tal el código italiano vigente-, vocablo que se refiere inequívocamente a la pérdida por éste último sufrida). Esta peculiaridad de nuestro derecho positivo hace que la acción consumativa de este delito deba integrarse por dos fases: pasiva la una (privación de la cosa a quien la

detenta) y activa la otra (toma efectiva de poder sobre la misma por parte del agente, mediante la cual se desapodera a la víctima). Por ello carece de relevancia la acción que sólo consiste en quitar, despojar, privar, sacar, extraer la cosa fuera de la esfera de custodia o de vigilancia del dueño (esto es, sustraer o desapoderar) si correlativamente no se produce el efectivo apoderamiento por parte del ladrón. Esto sentado, entiendo que el 'apoderamiento' exigido por el tipo se perfecciona cuando el autor obtiene el poder efectivo sobre la cosa, o sea cuando se halla en condiciones de hecho tales que le permitan la inmediata posibilidad de realizar, materialmente sobre ellas, actos de disposición física (criterio o teoría que podría llamarse de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer) aunque sea por breves instantes; posibilidad que no nace, por cierto -aunque tenga consigo las cosas mientras ello pueda serle impedido por la víctima, la autoridad o un tercero que intervenga eficazmente, y que dependerá además en muchos casos fundamentalmente, incluso de la naturaleza del objeto sobre el cual recae la acción (cosas consumibles, fungibles, etc.) (...) (Frías Caballero, 1962, p. 60-61). Es por ello que el mencionado autor en su ensayo de dogmática jurídica sobre el artículo 42 del Código Penal, afirmaba que: (...) una vez transcurrido ese momento -es decir el primer instante en que el sujeto tuvo la posibilidad física de disponer de la cosa- el delito está irrevocablemente consumado, aunque el ladrón no lo haya dispuesto efectivamente o haya sido impedido de hacerlo por su detención posterior con secuestro de la cosa; nada de esto modifica la consumación ya acaecida (...) (Frías Caballero, 1956, p. 323). Por último, es de destacar que según reza el Diccionario de la Real Academia, en su segunda acepción para la palabra 'apoderar' que la misma es 'poner en poder de alguien una cosa o darle la posesión de ella'. Por tanto éste y no otro es el sentido que hay que asignársele al vocablo utilizado en los tipos penales legislados por los artículos 162 y 164 del CP. En atención a ello, estimo que lo decisivo es el criterio de disponibilidad de la cosa aunque sea por un muy breve lapso: para que se pueda hablar de apoderamiento y delito consumado, es preciso que el sujeto haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto y consecuentemente la víctima deje de tener tal opción. Tal postura es la esgrimida por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en causa N° 4142 "Sosa, Adrián Héctor s/ recurso de casación (conf reg n° 124/03 del 25/3/03). Asimismo, en materia de jurisprudencia provincial, se ha dicho en forma concordante con lo antes expuesto que: (...) hay delito consumado si el imputado tuvo la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros. Pues si el poder de disponer de la cosa ha pasado al reo aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviere en condiciones de

impedirlo, el hecho está consumado aún cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto de la misma por su detención o secuestro del objeto desapoderado (...) (S.C.J.B.A. C. “Tevez, Cristian Alberto s/ Robo calificado”, rta. 28/5/2003). Es así que la sentencia cuestionada expuso con justeza que el delito achacado superó la etapa de conato, perfeccionándose su consumación al hacer referencia a que ni el testigo Real ni los oficiales de policía siguieron a los asaltantes procurando recuperar los efectos sustraídos, quienes tuvieron el tiempo suficiente para disponer libremente de los mismos luego de retirarlos de la esfera de custodia del damnificado.

Vale también traer a cuento un precedente de la Sala II del Tribunal de Casación en la causa Nº 55.070, “Lazarte, Agustín”, del 21 de mayo de 2013, en el que, si bien el imputado fue perdido de vista, la intervención policial fue casi inmediata y la cámara entendió que el hecho había quedado en grado de conato:

El desapoderamiento no puede tenerse por perfeccionado, pues, más allá de que las cosas objeto de despojo hubieran podido ser perdidas de vista por unos instantes por la víctima y que hubiera, incluso transcurrido un breve lapso de tiempo entre el despojo y la detención, lo cierto es que, es la inmediata asistencia del oficial de guardia que en ese mismo instante irrumpió en la escena informando sobre el recorrido y la dirección que habían tomado los imputados a los oficiales que se habían hecho presentes en el lugar, lo que hace que la empresa delictiva se viera frustrada.(...) las particularidades del suceso bajo análisis impiden afirmar que el delito de autos se haya consumado puesto que, el *iter criminis* allí descripto, según vimos, se vio interrumpido por la inmediata acción del oficial de guardia que se encontraba en el lugar quien junto a los efectivos policiales alertados al efecto impidieron que los sustractores pudieran disponer libremente de las cosas, derivando consecuentemente en la no producción del resultado buscado. Por lo cual, según lo entiendo, resultó inaplicable el artículo 42 del Código Penal. En esas condiciones es que, irrelevante resulta a los fines propuestos que uno de los agresores en la huida hubiera colocado la campera sustraída -recuperada al momento de la aprehensión-, y que se hubieran descartado los documentos y demás elementos que carecían de interés para los asaltantes, puesto que, cierto es que, esos actos fueron observados por la víctima tal como surge de su declaración receptada en el fallo. (...) El robo es apoderamiento por lo cual su estado completo no se agota con la constancia de la desaparición.

En todos los supuestos analizados hasta ahora, el denominador común lo corporiza el hecho de que el imputado fue perdido de vista por un lapso amplio o uno



breve, pero en definitiva los ojos de la víctima o de terceros dejaron de posarse en su persona, a causa de su fuga, su ocultamiento, etc.

A continuación, se estudiarán los eventos en los que el sujeto activo fue perseguido de modo ininterrumpido, sin solución de continuidad, ya sea por el damnificado o por terceros (policías, vecinos, transeúntes, etc.) y se detallará el comportamiento de la jurisprudencia al respecto.

En un caso de persecución ininterrumpida por parte de los efectivos policial y del faltante de un objeto sustraído, la Sala IV del Tribunal de Casación Provincial, en la causa Nº 55.282, “Roldan, Oscar Antonio”, del 26/3/2013, indicó que la actividad ilegal había quedado tentada en razón de que, habiendo sido la persecución constante el faltante de los objetos, podía atribuirse al accionar policial:

En materia de jurisprudencia provincial, se ha dicho en forma concordante con lo antes expuesto que ‘(...) Hay delito consumado si el imputado tuvo la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos sin que ello pudiera ser impedido por las víctimas o terceros. Pues si el poder de disponer de la cosa ha pasado al reo aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviere en condiciones de impedirlo, el hecho está consumado aun cuando transcurrido ese momento no haya dispuesto de la misma por su detención o secuestro del objeto desapoderado’ (S.C.J.B.A. C. “Tevez, Cristian Alberto s/ Robo calificado”, rta. 28/5/2003). Conforme lo hasta aquí expuesto considero que el “a quo”, en lo referente a este punto, ha incurrido en un error al considerar que el delito achacado a Roldán ha superado la etapa de conato, perfeccionándose su consumación, dadas las circunstancias puntuales del hecho. Lo dicho encuentra sustento en que, del análisis de los elementos de prueba enunciados precedentemente, se advierte un quiebre lógico en la sentencia recurrida: ante la falta de secuestro de los objetos mencionados el tribunal supone que el hecho ha quedado consumado, cuando dicha actividad no ha podido imputarse directamente al acusado, sino que posiblemente dicha circunstancia sea consecuencia directamente atribuible al accionar del personal policial. Es que conforme surge de la prueba, los uniformados nunca perdieron de vista a los atacantes, quedando advertidos ‘ab initio’ de su presencia. Entonces la posibilidad de disposición de la ‘res furtiva’ es inexistente al estar los sujetos activos en todo momento bajo el ojo de los preventores, lo que justifica la solución que propicio.

Vale también traer a cuento un precedente de la Sala II de dicho Tribunal, en la causa Nº 55.070, “Lazarte, Agustín”, del 21/05/2013, en el que, si bien no se recuperó todo lo sustraído, no hubo lugar para el perfeccionamiento del robo, pues la

aprehensión se produjo cuando los autores se encontraban en las inmediaciones del lugar del hecho, habiendo sido visualizados desde el inicio de su huida por la víctima, por el ayudante de guardia, hasta que doblaron la esquina y fueron interceptados por personal policial a apenas unos metros de dicha esquina.

El desapoderamiento no puede tenerse por perfeccionado, pues, más allá de que las cosas objeto de despojo hubieran podido ser perdidas de vista por unos instantes por la víctima y que hubiera, incluso transcurrido un breve lapso de tiempo entre el despojo y la detención, lo cierto es que, es la inmediata asistencia del oficial de guardia que en ese mismo instante irrumpió en la escena informando sobre el recorrido y la dirección que habían tomado los imputados a los oficiales que se habían hecho presentes en el lugar, lo que hace que la empresa delictiva se viera frustrada.(...) las particularidades del suceso bajo análisis impiden afirmar que el delito de autos se haya consumado puesto que, el *iter criminis* allí descrito, según vimos, se vio interrumpido por la inmediata acción del oficial de guardia que se encontraba en el lugar quien junto a los efectivos policiales alertados al efecto impidieron que los sustractores pudieran disponer libremente de las cosas, derivando consecuentemente en la no producción del resultado buscado. Por lo cual, según lo entiendo, resultó inaplicable el artículo 42 del CP. En esas condiciones es que, irrelevante resulta a los fines propuestos que uno de los agresores en la huida hubiera colocado la campera sustraída -recuperada al momento de la aprehensión-, y que se hubieran descartado los documentos y demás elementos que carecían de interés para los asaltantes, puesto que, cierto es que, esos actos fueron observados por la víctima tal como surge de su declaración receptada en el fallo. (...) El robo es apoderamiento por lo cual su estado completivo no se agota con la constancia de la desaparición.

En un supuesto en el que, en el fregor de la persecución ininterrumpida, el imputado arrojó el botín frente a los ojos de los seguidores, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, CCC3201/2016, CA2, “R.M.N.R.”, del 05/02/2016, encuadró el delito como tentado, diciendo:

Destáquese que tras el desapoderamiento que sufrió A., persiguió al acusado y al darle alcance, éste lo amedrentó con un pico de botella y luego continuó su huida caminando, sin éxito, por cuanto al ser alertada por el damnificado la Subinspectora C.S. de lo ocurrido y al sindicarle además al imputado como el autor de la sustracción, le impartió la voz de alto, y si bien no la acató e intentó huir, logró su aprehensión (...) si bien no se incautó en su poder el teléfono celular sustraído, ni el pico de botella con el que amenazó al damnificado. (...) debe ser

considerado en grado de tentativa, toda vez que de las constancias de autos no se advierte que la disponibilidad del bien haya quedado en manos del imputado (...). En ese sentido, recuérdese que durante la persecución nunca fue perdido de vista por el damnificado y no resulta posible considerar que el mero hecho de descartarse de la cosa pueda reputarse como un acto de disposición. (...) Por ello, y dado que el acto material de desprenderse de la cosa no puede ser considerado como un acto de disposición que consolide el poder de hecho sobre la misma, debe concluirse que el robo quedó en grado de tentativa (CN Casación Penal, Sala I, “F., J.M.”, 2003/02/05).

Misma respuesta dio la Sala I de dicho cuerpo judicial, entendiendo que el hecho de arrojar la mochila sustraída en plena y continua persecución por la policía, por la víctima y por terceros no podía entenderse como un acto de disposición (causa 18.137/13 “Saladino, Luciano Jorge y otros s/ robo”, del 11 de febrero de 2016):

El análisis sobre el grado que alcanzó el *iter criminis* debe relacionarse necesariamente con cada figura delictiva en particular. En lo que respecta al delito de robo, debe verificarse si el presunto autor del apoderamiento constituyó un poder fáctico de disposición sobre la cosa sustraída. (...) el apoderamiento ha de consistir en la obtención real y efectiva por parte del ladrón de ese poder de disposición material del objeto sustraído. Al mismo tiempo, implica el bloqueo de esa posibilidad de disposición del objeto por parte de la víctima y su imposibilidad física de recuperarlo (...). Surge que los imputados en todo momento fueron perseguidos y vistos ya sea por transeúntes, la policía o el propio Dimeo, de tal manera que en ningún momento pudieron efectivamente disponer de los bienes que habían sustraído. En este sentido, el haber arrojado una mochila en el camino revela aún más la ausencia del poder de disposición sobre los objetos en cuestión. En razón de lo expuesto, proponemos al acuerdo hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa, casar la sentencia recurrida, modificar la calificación del hecho.

Muy interesante resulta el análisis que desarrolla el resolutorio de la Sala II de dicho órgano, en la causa N° CCC 61062/2013/TO1, “Lagos, Carlos Ariel”, del 30/08/2016, al no haberse acreditado con certeza lo sucedido con los objetos del botín que no fueron habidos y, dado que el seguimiento fue constante, calificó el hecho en grado de tentativa. Afirmó que, siendo posible conjeturar más de una respuesta para responder el interrogante del por qué desapareció uno de los teléfonos celulares que había sido despojado (recalcando que bien pudo extraviarse al memento del raudo despojo, ya que los imputados habían pasado a la carrera,



bien pudo caer a la calzada cuando ocurrió la detención sin ser advertido por el personal policial, bien pudo ser arrojado), la hipótesis de su faltante por fuera de cualquier acto de disposición lucía convincente teniendo en cuenta el cuadro de situación.

### III.2. Desistimiento voluntario

En el proceso del delito —el *iter criminis*—, en el lugar intermedio entre su inicio y su consumación, la ley ha creado una vía de regreso que le permite al sujeto activo que ha dado comienzo a la acción con intención criminal suspender o abortar el plan y colocarse en el área del lícito nuevamente. En la fase de la tentativa, el sujeto puede detenerse y retornar voluntariamente. Ese cambio de rumbo hacia el punto de partida no debe ser consecuencia de una acción de parte del sistema punitivo (por ejemplo: intervención policial), ni de la coacción de terceros (la víctima u otros particulares, por ejemplo), la acción de restablecimiento al estado anterior debe reputarse libre. Solo el retorno voluntario brindará impunidad.

Para visualizar un desistimiento voluntario, habrá que reunir la información necesaria para saber si el agente dijo “no quiero, aún cuando puedo”.

Veamos cómo se ha trabajado con esta secuencia en la práctica.

Entendió que se trataba de un caso de desistimiento voluntario y aplicó el artículo 43 del CP, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en la causa N° 115.448, “B.L.A.”, del 15/02/2011, acompañó el sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción, siendo que el imputado le había devuelto el teléfono celular a la víctima, manifestándole que no le gustaba: Del relato de la víctima se desprende que el imputado desistió voluntariamente de su accionar, devolviéndole el teléfono celular que ya tenía en su poder, manifestándole que no le gustaba, que se diera vuelta y que no dijera nada, para luego continuar su camino -ver fs. 16 vta.-. Dicho esto, entendemos que el suceso pesquisado cuadra en las previsiones del artículo 43 del Código Penal. En efecto, de lo expuesto se desprende que el acusado decidió libremente no apoderarse del elemento sustraído y no consumir la conducta dañosa, pese a que ésta era susceptible de conclusión, máxime cuando la víctima no opuso resistencia alguna.

Un precedente con un análisis muy completo de la cuestión resulta el dictado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la causa “Rodríguez, Rodolfo Iván”, causa N° 12.701, del 07/09/2015. Vale la pena analizar los votos de los dos jueces que rechazaron el empleo del artículo 43 del CPP en el caso; el Dr. Magariños, indicó que, para que un suceso delictivo sea desistible, en los términos del artículo 43 del Código Penal,

es preciso que se trate de una tentativa no fracasada y, por lo tanto, de un hecho actual, hizo un repaso doctrinario de la terminología y de las posturas reinantes en el tema y luego precisó que, de acuerdo a las circunstancias fácticas que quedaron fijadas en la sentencia, podía afirmarse que Rodríguez, al momento de abandonar la tentativa aún inacabada, había ya perdido su influencia sobre el riesgo prohibido que introdujo con su actuar, y, por consiguiente, su conducta había adquirido ya un significado perturbador (opuesto al comunicado normativo) no modificable, y así que ese intento de desapoderamiento, con intimidación y con empleo de un arma, mediante la exigencia de los valores de la recaudación —que no pudo lograrse debido a que el dinero ya había sido colocada en una caja fuerte—, implicó la pérdida del dominio sobre los riesgos prohibidos y no había ya nada que Rodríguez pudiera haber hecho para anular lo realizado hasta ese instante. El Dr. Jantus agregó que Rodríguez intimidó a la víctima con un cuchillo para lograr sustraer el dinero del local, pero no logró su objetivo porque el empleado le manifestó que ya estaba guardado en la caja fuerte. Que el hecho se frustró no por decisión del imputado sino porque no pudo concretar lo que pretendía. Agregó que la víctima negó que Rodríguez le haya pedido disculpas y, sin embargo, siendo que no pudo hacerse del dinero, persistió en el amedrentamiento, obligándolo a salir con él del comercio. En la disidencia, el juez Niño votó por la absolución del imputado, por aplicación del artículo 43 del Código Penal, dándole peso al hecho de que, de acuerdo con lo declarado por el policía durante el juicio, no fue la acción del particular ni la del personal policial lo que detuvo el *iter criminis*, sino que Rodríguez se había comenzado a alejar del lugar, cruzando la calle, cuando pasó el móvil policial que escuchó la versión del damnificado y procedió a perseguirlo y detenerlo.

Vale la pena transcribir algunos pasajes del voto mayoritario que hacen al marco doctrinario aplicable:

Que los términos en que ha quedado planteada la cuestión traída a consideración de este tribunal obligan a analizar, en primer lugar, si la conducta ilícita llevada a cabo por el autor en el caso, era aún desistible al momento en que se interrumpió su comisión. Pues sólo si fuera correcto afirmar que se trató de un suceso susceptible de ser desistido, tendrá entonces razón de ser indagar acerca de la voluntariedad o no de la no consecución de la actividad típica. En tal sentido, es necesario tener presente que, para que un suceso delictivo sea desistible, en los términos del artículo 43 del Código Penal, es preciso que se trate de una tentativa no fracasada y, por lo tanto, de un hecho actual. Al respecto, Günther Jakobs explica que “la particularidad, que presenta la tentativa no fracasada, [es la] de ser un hecho todavía actual y, por ello, aún susceptible de modificación (1997, p. 325). Es que, dado que con la tentativa, esto es, con el comienzo de ejecución, el autor ya quebrantó la norma (pues emitió un comunicado a través del cual expresó que

ella no rige en el caso para él) y, en ese sentido, ya realizó un comportamiento con significado prohibido, para la no aplicación de la pena es requisito que el desistimiento pueda anular la tentativa, y, para que ello sea posible, necesariamente, debe tratarse de un hecho actual, de un hecho que pueda aún ser modificado; o, dicho en otros términos, que el suceso pueda ser redefinido en su significado perturbador. Ha explicado el autor arriba citado que sólo los hechos aún dominados son susceptibles de modificación, y que lo decisivo para definir tal extremo radica en si el ejecutor perdió o, en cambio, conserva aún su influencia sobre el hecho. En cuanto al significado de pérdida de influencia, Jakobs grafica con un ejemplo: Si un orador expone y fundamenta la opinión X, pero luego prosigue su discurso diciendo que todo lo anteriormente afirmado den [denota], una perspectiva limitada y está ya refutado, nadie puede suponer que el orador habría defendido la opinión X; ciertamente así pareció al principio, pero luego se vio que era otra cosa. Si el orador ha improvisado ese giro, entonces ejecutó un desistimiento de la tentativa inacabada o incluso acabada de defender la opinión X. Pero si el giro se produce solamente después del discurso, en la discusión posterior, entonces él ha proferido inicialmente la opinión X como su punto de vista definitivo (...) y una revocación no sería más que un comportamiento posterior al hecho. Tras el ejemplo, continúa explicando el autor alemán: ¿Por qué se tienen que ver así las cosas? Hay una sola explicación: únicamente el presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado (...). Esto quiere decir que, sólo cuando el autor ha reservado una posibilidad efectiva de retrotraer el significado (prohibido) de su comportamiento a lo socialmente adecuado -al riesgo permitido-, será susceptible de ser desistida la ejecución emprendida, pues sólo en tal hipótesis el autor podrá resignificar el sentido de una comunicación ya contraria a la norma.

Si el imputado abandona el plan delictivo porque advierte la presencia del personal policial, tal como lo ha resuelto la Sala I del Tribunal de Casación Penal Provincial, en la causa N° 60.074, “Ruciani, Luciano Franco”, del 04/02/2014, no habrá lugar para la aplicación del artículo 43 del CP.

Ello, en tanto si bien fue demostrado que el ilícito contra la propiedad quedó en grado de tentativa, no se acreditó que el imputado haya desistido voluntariamente del ilícito. Es que para que exista desistimiento voluntario conforme el artículo 43 del CP, es necesario que objetivamente no exista para el autor una imposibilidad de consumación (...). El desistimiento debe traducirse en una manifestación inmediata de la voluntad de desandar el camino iniciado y no a la confluencia de hechos indudablemente destinados a abortar la maniobra. Ahora



bien, como surge de las evidencias, la decisión de Ruciani, lejos de ser voluntaria, estuvo condicionada al percatarse de la presencia de agentes de la policía fuera del geriátrico donde estaban perpetrando el robo, como así también por la huida de sus dos cómplices. (el tema de poner 'lejos de ser voluntaria (...), me preocupa porque estoy dando opinión en contra de lo que puedo tener que usar para trabajar, como le dije cuido mucho no emitir una opinión que sea contraria a mi rol de defensora, por ello a veces prefiero no poner mi opinión personal). Es decir, de la circunstancia de que no hayan logrado los asaltantes consumir el robo, no debe inferirse que desistieron voluntariamente del ilícito, sino que huyeron del lugar por la presencia policial, por lo que mal puede encuadrarse el hecho en el artículo 43 del CP.

En la obra de Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) se ha dicho que la chance de abandono se cancela si el desistimiento como hecho no puede ser imputado al agente como obra voluntaria suya, ya que solo bajo este presupuesto el desistimiento produce una modificación del hecho que hace atípica la conducta que precede al abandono.

Si el abandono del plan responde a la conducta de la víctima, tampoco puede hablarse de un desistimiento voluntario. Así lo dispuso la Sala IV de la Cámara del Crimen, causa CCC 2543, "R. F.A.", del 27/02/2014, ya que, en el caso, la víctima que se encontraba dormida se despertó, se incorporó alterada y a partir de este "descubrimiento de la maniobra de sustracción" es que el sujeto activo pretende abortar lo que había iniciado; en el resolutorio se estudian los aspectos objetivo y subjetivo que involucra el tema. Cabe recordar que "para visualizar un desistimiento voluntario [sólo será exigible] que el agente haya dicho "no quiero, aún cuando puedo". [En este punto,] dos son los aspectos a considerar: 1) el objetivo, que será aquel que nos indique que el sujeto contaba con los medios potencialmente aptos como para, sin oposiciones de orden material, arribar a la consumación del delito propuesto; y 2) el subjetivo, consistente en la decisión de desistir por razones no ajenas a su voluntad. Es decir, cuando al momento mismo de desistir el agente está en posibilidades de elegir consumir el acto pero no quiere hacerlo (Villanueva, 2008, p. 168; in re CCC Sala IV, n° 42947/2013/CA3, "A., P. y otros s/ procesamiento", rta. El 17/9/13)".

### **III.3. Insignificancia o bagatela**

El tema gira en torno a la aplicabilidad del poder punitivo en un Estado de derecho y a la existencia desde una mirada constitucional de varios principios que poseen incidencia: lesividad, proporcionalidad y de la utilización de la vía punitiva como el último recurso frente a los conflictos más graves.

El interrogante sobre punición o atipicidad no se responde mirando la clase de objeto sustraído y su valor de mercado, sino que, como se verá, confluyen en la cuestión varios focos a tener en cuenta.

El Tribunal Oral N° 15 de Capital Federal, en la causa N° 4.917, “Bruno, Héctor”, del 1°/3/2017, ha explicado detalladamente el marco teórico que rodea al tema y ha tratado en particular el hecho de las sustracciones de productos en hipermercados de importancia. El caso involucraba el robo del interior del supermercado “DIA” de tres envases de acondicionador para el cabello “TRESemmé” y dos envases de shampoo de la misma marca. El órgano judicial sobreseyó al imputado por entender que la acción no encuadraba en una figura legal señalando, de modo introductorio, que a los efectos de la tipicidad objetiva penal, debía constatarse la existencia de un conflicto y así definió la necesidad de lesividad como primer paso:

Es por ello que, en el caso de aquellas afectaciones a los bienes jurídicos que -aun cuando formalmente pueda sostenerse que se ha configurado la descripción típica- no se advierte que revistan una gravedad considerable, tanto la jurisprudencia como gran número de autores han derivado del artículo 19 de la CN el ‘principio de insignificancia’, según el cual dicho grupo de casos no constituyen un delito por ausencia de tipicidad objetiva. (...) la disposición prevista en el artículo 19 de la CN impone que las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen ofensas relevantes a los fines de la tipicidad objetiva, y que los tipos penales sólo pueden ser aplicados en la medida en que describan acciones que provoquen, en concreto, resultados de cierta gravedad. En ese sentido también se sostuvo que ‘un derecho penal de bases republicanas y democráticas no se basa en el concepto de infracción, es decir, sobre la relación de desobediencia, sino sobre la idea de conflictos en los que el Estado debe intervenir. El daño produce un conflicto, pero la intensidad de ese conflicto dependerá de muchos otros factores. Si la situación de la víctima, ya sea en sí misma o por la relación que tiene con los bienes afectados, hace que el daño no provoque una alteración en sus planes de vida, entonces se constituye en irrelevante o insignificante (...). Esto no quiere decir que no existan otros mecanismos para responder a esas situaciones, pero no la violencia del Estado (Binder, 2004, p. 194).

Luego, ese mismo fallo se ocupó del hecho en particular y recalcó las aristas particulares del caso, por tratarse el escenario del suceso de un hipermercado:

La enorme mayoría de los casos en los que se analiza la nimia afectación se trata de hechos en los que el bien jurídico en cuestión es la propiedad, la cual, necesariamente -y sin desconocer las previsiones

del artículo 17 CN y el artículo 21 CADH-, ocupa un lugar de menor jerarquía en relación a otros bienes jurídicos (en una línea similar, CSJN, “Gramajo”, G. 560. XL, consid. 19). Ello además se ve reforzado cuando esa afectación recae en emprendimientos comerciales que, por imposición de las leyes o por el propio giro comercial, aseguran las mercaderías que venden y, de hecho, contemplan pérdidas por causas vinculadas a su transporte, acopio, o incluso robos, al establecer su precio de venta. La incidencia que en ello tiene el principio de proporcionalidad también merece ser analizada. No es menor, en este contexto, destacar que las grandes cadenas comerciales poseen instalados circuitos de vigilancia y personal de seguridad tendientes a evitar este tipo de desapoderamientos de menor entidad y, además, que emplear la vía penal en estos casos equivale a una erogación de gastos para el Estado que de ningún modo se condice con el daño que se invoca como pretexto para la habilitación del uso de su fuerza. (...) es evidente que su valuación dineraria no es de mayor entidad. En relación a este último tópico, no se puede considerar el precio de venta minorista al público de dichos objetos, sino que debe considerarse de qué forma esa privación ha afectado a su propietario. En el caso, el propietario de aquellos es una empresa -la cadena de supermercados ‘DIA %’- que no sólo compra esos bienes a un precio muy inferior al de la venta al público y que además asume el riesgo del giro comercial, sino que también asegura su mercadería y establece los precios de venta de los elementos contabilizando roturas, fallas, pequeños robos y otras formas de pérdidas propias del giro comercial.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, causa nº 15.556, “G., H.H.”, 31/10/2012, se pronunció sobre el robo de dos trozos de carne en un supermercado, diciendo:

en sentido opuesto, los sistemas de justicia de bases más democráticas, se fundan en la noción de conflicto, lo cual significa que se privilegia la resolución de los casos mediante parámetros de tolerancia y de no abuso de poder, con una clara atención al caso concreto, a la víctima afectada y al alcance del daño producido. Claramente, si la noción fundamental es el conflicto, su ausencia, o su mínima incidencia en el entramado social, determinan la retracción de los poderes punitivos para abrir camino a otro tipo de respuestas menos violentas, -añadiendo, en relación a lo remarcado en el apartado anterior de este voto, que- lo que está en juego en estos casos es, sin dudas, el principio de lesividad y el de proporcionalidad, cuya aplicación debe ser directa. Ello significa que un Estado de Derecho de bases republicanas debe limitar el uso de la violencia estatal sólo a aquellos casos en que se



produzca una lesión al bien jurídico que sea relevante para la víctima, lo cual excluye los daños insignificantes. Si se prescinde de considerar ese interés específico, la actuación del Estado se queda huérfana de una finalidad legítima.

La Sala III del Tribunal de Casación Provincial, en la causa N° 38.167, “O., N. M.”, del 26/4/2011, analizó varios factores que confluían en el caso (la sustracción de un acumulador de corriente de 12 voltios de una chatarrería) y rechazó el recurso fiscal, confirmando el sobreseimiento dictado en favor del imputado:

Desde este enfoque, la lesividad relevante, como base del enunciado moderno conocido como ‘principio de insignificancia o de bagatela’, no es ajeno a los análisis corrientes que se efectúan en la práctica judicial, a guisa de ejemplo, en el campo de la evaluación del concurso aparente de normas, particularmente en los casos de consunción, entre otras. Un derecho penal que gire en torno a la protección exclusiva de los bienes jurídicos más importantes respecto de los ataques más graves, no puede dejar de considerar aspectos que hacen al grado y extensión de la lesividad como corrector de la tipicidad objetiva o en su caso como excluyente de una verdadera antijuricidad material. El principio de ‘intervención mínima del estado’, da lugar así al de subsidiariedad, según el cual el derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros medios menos lesivos. Con ello entiendo que también existe un fundamento utilitarista del derecho penal, no tendiente a la mayor prevención posible sino al mínimo de prevención imprescindible. Aún atendiendo a las circunstancias apuntadas por el doctor Borinsky en relación a la venta de chatarra como medio de sustento de las víctimas, debe tenerse presente no sólo el escaso o casi nulo valor material sino también el hecho que se trata -en el contexto dado- de un artículo, cuya prescindencia, no parece alcanzar el umbral de una lesión significativa, y en consecuencia, la falta de reprimenda estatal no altera la confianza en el sistema ni la estabilidad de la paz social, dicho esto para quienes ponen el acento en la prevención general. En consecuencia, el razonamiento que concluye en sobreseer sobre las pautas de atipicidad establecidas en la regla del artículo 323 inc. 3° del ritual, resulta una derivación razonada del derecho vigente.

A modo de ejemplo, también se puede citar el empleo del principio en estudio: ante el intento de robo de una bebida cola de un litro (Juzgado Correccional Capital Federal, Sección 52, causa N° 42.530 “Jerez, Víctor Eduardo”, del 26/03/2006), el robo de tres trozos de queso (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala de feria, “Drogo, Víctor Ángel”, del 28/01/2009), el hurto de una botella de whisky

marca VAT 69 de un puesto de venta en los eventos de carnaval que tuvieron lugar en el sitio de esparcimiento municipal “República de los Niños” (archivo fiscal en el marco de la IPP 06-00-005987-18/00, “Suchini, Franco”, del 2/3/2018, sobre la base del escaso valor del objeto, la imposibilidad de alterar el patrimonio de la víctima y la ausencia de registro de un interés económico, científico, moral o afectivo sobre el objeto sustraído), el hurto de dos chocolates y tres barras de cereal (archivo fiscal en la IPP 06-00-048359-17/00, “Luciano, Gabriel Elías”, del 13/12/2017).

Sobre la temática, Zaffaroni (2003, p. 494 y ss.) señala: “(...) la consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestran que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata sólo de una manifestación del principio última ratio, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición, en casi todos los casos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes (...)”. Señala que fue Roxin quien enunció este principio por primera vez en 1964 y que Tiedemann se ha referido a él llamándolo “principio de bagatela”.

Estos casos de lesiones insignificantes ya habían sido catalogados como atípicos por Welzel (1997), quien al exponer la teoría de la adecuación social se refirió a este principio como un criterio normativo de corrección y restricción del sentido literal de los tipos, que surge de la conexión entre la ley abstracta y la realidad del mundo de la vida social.

Luzón Peña (1995, p. 28) enseñó:

(...) este principio, concebido por Roxin como causa de atipicidad, aunque después lo ha usado como causa de exclusión de la ‘responsabilidad’, categoría vinculada en su concepción a la culpabilidad, se refiere a lo que también se designa como casos de injusto- ‘bagatela’; y significa que no pueden ser penalmente típicas acciones que, aunque en principio encajen formalmente en una descripción típica y contengan algún desvalor jurídico, o sea, que no estén justificadas y no sean plenamente lícitas, sin embargo en el caso concreto su grado de injusto sea mínimo, insignificante: pues conforme a su carácter fragmentario las conductas penalmente típicas sólo deben estar constituidas por acciones gravemente antijurídicas, no por hechos cuya gravedad sea insignificante (...).

Corcoy Bidasolo, al referirse a los distintos criterios de interpretación aplicables en la valoración *ex ante* sobre la tipicidad de una conducta, luego de destacar

la importancia del criterio del riesgo permitido como primer nivel de imputación, pasa a un segundo peldaño donde ubica sistemáticamente al principio de insignificancia y dice: “(...) En el supuesto de que de este examen se deduzca la existencia de un riesgo no permitido, cabe acudir al estudio de la ‘cantidad de riesgo’. La mayor o menor probabilidad objetiva de que el peligro se convierta en lesión del bien jurídico, permitiría, en determinadas circunstancias, negar le relevancia típica del riesgo, pese a su ‘cualidad’ de no permitido (...)” (Corco y Bidasolo, 2017, p. 12).

Finalmente puedo mencionar a Mir Puig (2009, p. 524), quien ubica como muy cercano al principio de la adecuación social al de la insignificancia, haciendo la observación de que, si bien algunos autores lo incluyen en aquél, puede distinguirse del mismo porque no supone la total aprobación social de la conducta, sino solo una relativa tolerancia de la misma por su escasa gravedad, y que el mismo debe operar como causa que impide la presencia misma de un tipo penal.

Para rechazar el planteo de bagatela y llevar la cuestión a la faz de la determinación de la pena, la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa Nº 55.114, “D., L. E.” del 14/05/2013, recalcó la carencia de parámetros uniformes para medir la lesividad de un determinado comportamiento, la necesidad de analizar objetivamente cada situación para determinar la existencia de una ofensa al bien jurídico: el contexto del caso, la modalidad de cada afectación, el modo de repercusión en el patrimonio de la víctima, etc.; señalando que el baremo necesario para medir el daño será cultural y relaciona, citando en su apoyo un añoso fallo de la C.SJ.N (“Adami” (1986) Fallos 308:1796):

Coincido plenamente con quienes sostienen que la afectación al bien jurídico muchas veces no se relaciona con el escaso valor económico de la cosa robada, sino también con las concretas características de la conducta desplegada para lograr su desapoderamiento, la cual puede establecerse en función de varios tópicos, como ser: la importancia intrínseca del bien jurídico protegido; el grado de potencialidad ínsita en la acción, y el modo concreto en que es desplegada, incluyendo la subjetividad del agente; el marco situacional en que la misma se desarrolla; y el grado de vulnerabilidad en que se encuentra el bien jurídico en razón de la conducta precedente de su titular (Conf. Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2º, 12/10/2010, Cáceres, Jorge O.; ídem causas 19.956, “Jaunarena, Héctor D. s/ recurso de casación”, rta. el 27/12/2005 y 22.475, “Bustamante, Roberto E. s/ recurso de casación”, rta. El 4/12/2008). También sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Adami” (CSJN, Fallos 308:1796)



que de acuerdo a la manera en la que se encuentra legislado el hurto cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, toda vez que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de propiedad que la figura protege en sentido ‘amplísimo’, la insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter (en el mismo sentido Conf. C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 1/3/2007 - Rosich, Eric. A.; C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 11/12/2006 - Casafú, Omar D.; C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ª, 10/03/2011 -B., D. A., ídem causa nro. 27.815 - Castaño, Miguel A., rta. 06/06/05., ídem causa nro. 29.243 - Gil, Marcelo, rta. 26/05/06., ídem causa nro. 36.185 - Gerban, Alfredo Javier, rta. 31/03/09. Aquí el menor o mayor valor de la cosa sustraída no es un elemento del tipo penal, y que la lesión del derecho a la propiedad existe de todos modos, entendido en el sentido amplio que le asigna la Constitución Nacional, por lo que exigen que dicho principio deba ser meritudo por el Juez al momento de graduar la pena a imponer en el caso concreto). Así considero que, de acuerdo con las pruebas reunidas en el juicio, nos encontramos frente a un hecho cuya gravedad en su ejecución no amerita la aplicación del principio de insignificancia, circunstancia que me permite arribar a la conclusión que el agravio intentado no puede prosperar.

Vale poner de relieve que el fallo del Tribunal Oral N° 15 de Capital Federal, transcripto al principio de este punto, también trabajó sobre el fallo de la CSJN “Adami” (1986) y descartó su uso empleo, en orden a las siguientes razones:

No obstante, al analizar esta temática también debe recordarse que, tal como lo apuntan las posturas contrarias a la interpretación aquí propuesta, en alguna oportunidad la CSJN ha señalado que “la insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter. No se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación del derecho de propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena” (CSJN, “Adami”, Fallos 308:1796). Sin embargo, como bien lo ha destacado el juez Divito, el año en que fue emitida esa sentencia por parte de la CSJN –año 1986-, y con independencia de la posición que pueda adoptarse en torno a la pretendida obligatoriedad de los criterios interpretativos de la CSJN, permite considerar que se trata de un criterio que ha sido abandonado por dicho órgano jurisdiccional. En efecto, sostuvo Divito que (...) la conformación del alto tribunal ha variado, a tal punto que hoy en día -año 2009 al momento de dicho voto- queda solamente uno de los jueces que suscribieron la

opinión mayoritaria en ‘Adami’ -el juez Fayt-, y que uno de sus miembros -el juez Zaffaroni- es quien, en esa misma causa, había emitido el voto principal en la sentencia de segunda instancia que finalmente fue revocada. También cabe apuntar que la Corte Suprema, en su actual composición, ha reconocido que el derecho penal debe funcionar como la última ratio del ordenamiento jurídico -cfr. considerando 6º del voto de la mayoría, jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, en el fallo ‘Acosta, Alejandro Esteban’, de fecha 23/4/2008- y es sabido que, conforme a dicho criterio, el poder penal del Estado debe emplearse solamente frente a los ataques graves contra bienes jurídicos, lo que permite excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que los afectan en forma mínima (...). En conclusión, los cambios en la composición del supremo tribunal, sumados a la circunstancia de que éste ha afirmado la vigencia del principio de ultima ratio en la aplicación de la legislación punitiva, autorizan a concluir que existen razones suficientes para apartarse, en el caso, del precedente ‘Adami’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (CNCC, sala VII, “Gerban, Alfredo Javier”, 31 de marzo de 2009, del voto en disidencia del juez Divito).

También ha negado la petición de atipicidad por bagatela la Sala V, del Tribunal de Casación Provincial, causa Nº 78.444, “Tello, Daniel David”, del 16/05/17, en un hecho de robo de dos maples y medio de huevos de un puesto de productos artesanales apostado en la ruta nacional Nº 3, empleando los imputados para acceder al sitio varias herramientas, secuestrándose en el lugar varias bolsas de nylon y elementos para facilitar el acceso a los objetos en venta y su carga. El fallo analiza de modo muy interesante los conceptos de disvalor de la acción y del resultado, insta a que se tenga en cuenta si ha existido o no una empresa de mayor porte que se vio frustrada, independizando la solución del valor o la cuantía de la res furtiva; repasemos sus interesantes afirmaciones:

Existe, en este marco, diversas cuestiones que han de ser abordadas para brindar una adecuada respuesta a la queja instaurada. Desde el punto de vista objetivo, parece claro que el grado de afectación al bien jurídico propiedad ha sido mínimo, teniendo en consideración las ya apuntadas consideraciones realizadas por la Defensa en su recurso en lo relativo al escaso valor de la res furtiva. Si bien existen corrientes doctrinarias que permiten afirmar la existencia de los denominados “delitos de bagatela”, caracterizados por la insignificante lesión al bien jurídico que afectan, el análisis de la problemática de los mismos no puede reducirse a la sencilla operación de la comprobación aritmética de su valor para, desde allí, considerar que la reacción penal es desproporcionada en la relación de valor comparativo con el bien lesionado. De hecho, el alegado contraste entre dichos

valores no deja de ser un juicio intuitivo en el sentido de no existir un parámetro claro a partir del cual una lesión deja de ser insignificante para transformarse en relevante. (...) se hace necesario determinar, con la mayor precisión posible, parámetros que permitan inferir cuando nos hallamos ante un delito de bagatela, máxime cuando se trata de un instituto expresamente incorporado en nuestra legislación, como ser el artículo 56 bis inciso 1 del ceremonial, que establece como criterio especial de archivo la insignificante afectación del bien jurídico. Ante tal panorama, considero adecuado evaluar la insignificancia no solo desde el puro plano objetivo de la conducta, es decir, desde la lesión misma, sino también entiendo debe incorporarse las características de la acción, en buen romance: disvalor del resultado y disvalor de la acción que lo causa. Si el autor de un robo agravado por el uso de un arma de fuego, valiéndose de tal medio, atraca a un comerciante y le sustrae un atado de cigarrillos, la escasa cuantía de la res furtiva no convierte, automáticamente, al delito en insignificante, pues se soslayaría completamente la desvaloración de la conducta concreta, en la especie el amedrentamiento valiéndose de un medio potencialmente idóneo para cercenar la vida o la integridad física. La postura que desemboca en la atipicidad de la conducta tomando como parámetro solamente el valor de los bienes fragmenta el análisis, puesto que omite toda evaluación de las características fenoménicas de la acción concretamente desplegada. Al respecto se ha sostenido que “una pauta a tener en cuenta es la que suministra Hirsch, al sostener que para determinar la insignificancia de un comportamiento el pequeño disvalor de resultado deberá necesariamente corresponderse con un pequeño disvalor de acción, de tal manera que la reacción sancionatoria sea proporcionada” (...) Sin pretender agotar el virtual catálogo de casos de insignificante afectación del bien jurídico, cuando la conducta se proyecta a una afectación mayor o más relevante del mismo pero, por azar, se produce una lesión ínfima, no puede fragmentarse el razonamiento y considerar atípica la acción, invocando la sola afectación concreta e irrelevante de los bienes, pues se perdería de vista lo ya apuntado y relativo a la desvaloración de la acción que, en tal caso, se encamina a una lesión de mayor entidad y gravedad. Cabe aclarar que esto no implica violación alguna al principio de presunción de inocencia ni a su correlativo in dubio pro reo sino, sencillamente, tener en consideración una evaluación global del hecho que incorpore ambos grados de desvalor. En dicha hermenéutica, cuando de las evidencias de la causa surge, sin lugar a dudas, que el plan delictivo se encaminaba a una afectación más intensa del bien jurídico, que el mismo solo haya sido afectado en un grado ínfimo por puro azar no equivale a encuadrar el



hecho en la tesis de los delitos de bagatela, pues se estaría perdiendo de vista la perspectiva subjetiva de la conducta al objetivarse el análisis en el simple resultado que, muchas veces, solo se explica por la casuística del azar. Tal es lo que acontece en el caso de marras, donde los imputados fueron sorprendidos en plena ejecución del hecho por la víctima, lo cual motivó la fuga de los mismos. (...) A ello se suman los indicios que emergen de las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales Daniel Vicente Chiaradía y Lisandro Marconi quienes, al revisar el baúl del rodado donde circulaban los encartados, hallaron una barreta, cortahierro, serruchos, sierras, guantes y bolsas de consorcio vacías, todo lo cual evidencia que el plan de los coautores no era hacerse de solamente dos maples y medio de huevos, sino que la afectación se redujo a la pérdida de un único huevo, simplemente, por la intervención de la víctima.

### III.4. Robo con armas

Para imputar por un delito cometido mediante el uso de un arma, el sujeto activo debe usar ese elemento, mostrarlo, blandirlo; no alcanza con simular que lo posee o con la sola presencia del mismo en el escenario del ilícito (por ejemplo, entre las prendas de vestir del imputado, guardado entre sus pertenencias, etc.).

En tal sentido, enseña Rivarola (1890) que si el arma se encuentra oculta no podemos hablar de intimidación o violencia, sino que debe usarse para la ejecución del robo. Fontán Balestra (1996) afirma que es necesario haber utilizado las armas para cometer el robo, sea físicamente, sea blandiéndolas como amenaza, lo que importa es que exista relación entre el uso de armas como medio violento o intimidatorio y el apoderamiento como fin. Nuñez (1989) expone que la concurrencia de armas solo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra las personas.

Como es sabido, las armas se clasifican en propias e impropias. El maestro Donna (2001) nos enseña con total claridad que las armas propias son aquellos instrumentos que han sido fabricados ex profeso para ser empleados en la agresión o defensa de las personas. Las armas impropias son aquellos objetos que, sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona. Deberá el juez apreciar, en el caso concreto, si, de hecho, por la forma en que fueron mostradas o utilizadas, representan o no un argumento de violencia física inmediata.

Tozzini (2002) entiende que la introducción del concepto de armas impropias termina por vulnerar el principio de legalidad al introducir un concepto

extensivo, por analógico, como asimismo el de certeza jurídica, ante el empleo de distinciones que no aparecen como surgidas de un análisis sistemático del código.

El texto del artículo 166 del CP, en sus diferentes apartados, reprime con una pena de 5 a 15 años si se cometiere el robo con armas (inc. 2º), de 6 años y 8 meses a 20 años si el arma utilizada fuera de fuego (la escala penal se elevó por imperio legal en un tercio en su mínimo y en su máximo) y de 3 a 10 años si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería.

Veamos a nivel práctico estos supuestos, dividiendo la exposición en forma de espejo en relación con las diferentes circunstancias previstas en cada párrafo del inciso 2 del artículo 166 del C.P.: 1) primer apartado, 2) segundo apartado 2 y 3) tercer apartado.

### **1) Primer apartado: “si el robo se cometiere con armas”.**

Podría incluirse en este acápite, de acuerdo con el diagrama legislativo, a las armas blancas (cuchillos, espadas, navajas, etc.), a las armas de lanzamiento (arco, flecha, ballesta, etc.) y a las armas impropias. Vale iniciar este punto analizando la disparidad de criterios que existe en torno al tema de las armas impropias, a los efectos de hacer notar que hay dos posturas totalmente opuestas, una que subsume el robo con objetos empleados a modo de arma en la calificante en estudio y otra que aplica la figura del robo simple (artículo 164 del C.P.).

Se efectuarán algunas citas alusivas al tema, en orden cronológico, para mostrar que dicha dicotomía se ha prolongado en el tiempo y en la actualidad se encuentra vigente.

Un añoso fallo del año 1986, que retrata los dos criterios con total claridad, es aquel dictado en el marco de la causa N° 19153, “Pelay, Luis M., del 31/03/1986, por la Sala V de la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal. El voto mayoritario liderado por el Dr. Tozzini señaló que un cortapluma con una hoja de ocho centímetros no revestía el carácter de arma para calificar el robo, que el concepto de arma que califica el robo se refiere exclusivamente al arma de fuego y no a toda arma y que incluir a un elemento como un cortaplumas significa ampliar en virtud de una analogía indebida, el tipo penal que debe ser de interpretación restrictiva. En la disidencia, la Dra. Catucci sostuvo que el concepto de arma no debe restringirse en el caso del artículo 166 inc. 2º del CP a las armas de fuego. Muy por el contrario, afirma, sea arma propia o impropia, esta facilita el hecho delictuoso al brindar a quien la ostenta mayor seguridad, colocando como contrapartida a la víctima en un mayor estado de indefensión.

Como exponentes de la postura reduccionista, tenemos también al voto en disidencia del Dr. Bruzzzone, integrante de la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el caso c. 23368 bis “Alvarez, Mariano Gastón”, del 06/05/2004:

La utilización de una botella y una baldosa, para concretar el desapoderamiento padecido por la víctima no puede ser considerado robo con armas, porque esos objetos no son, técnicamente, armas, simplemente, porque no lo son. Se trata de elementos que, utilizados de la manera en que lo hicieron, le otorgan al agresor una mayor capacidad ofensiva, pero que, por ese solo hecho, no pueden ser incluidos en el concepto de arma. La extensión de la agravante del art. 166, inc. 2º, del Código Penal, excede los alcances de una interpretación extensiva, para ubicarse en el plano de la interpretación analógica *in malam partem*. La violencia física en las personas, requerida por la figura del artículo 164 del CP se encuentra acreditada, y potenciada, con la utilización de esos objetos que le otorgaron a los ofensores mayor capacidad de agresión para lograr su fin, lo que constituye una circunstancia de extrema importancia tanto, para determinar el monto de la sanción a imponer, como para descartar, eventualmente, la posible aplicación a los autores de lo dispuesto en el artículo 26 del CP, mas no puede conducir a realizar, respecto de la conducta reprochada, una alteración de su correcta subsunción por la mayor gravedad (disvalor) que el hecho reconoce; para ello están los mínimos y máximos de la escala penal del tipo en cuestión, y las reglas a través de las cuales se debe conderar la conducta del autor (artículos 40 y 41, CP), cuando, eventualmente, se los condene.

Este mismo juez también voto en minoría y entendió que se trataba de un robo simple el cometido mediante el uso de un palo (causa 25345, “Cortez, Jonathan Emmanuel, del 31/03/05), o una madera con un trozo de vidrio en su extremo (c.39 C., “Wallace, Cristian”, del 07/01/05), o un cinturón como elemento de ahorque y un trozo pequeño de alambre como púa (c.24863, “Chambi Choque, Roberto”, del 06/08/04).

El Tribunal Suprior de la Provincia de Córdoba, en el marco de la causa “Maujo, Eduardo G.”, del 05/07/2002, señaló que resultaba erróneo sostener que la bufanda empleada para sujetar por el cuello a la víctima de un robo haya convertido a tal elemento en un arma impropia y descartó la figura calificada.

Otra disidencia que vale la pena traer a cuento la representa el voto del Dr. Juliano, integrante del Tribunal Oral en lo Criminal N°1 de Necochea, en la casusa “M. J. M.”, del 12/08/2005:

En tren de ir definiendo mi posición en una materia tan sensible como la que se trata, me inclino por una concepción ‘ontológica’ (si se me



permite la digresión) del concepto de arma, con lo cual quiero decir que el concepto de 'arma debe ser construido en función del destino para el cual cada objeto fue fabricado. -En este sentido, para que un objeto pueda ser reputado jurídicamente como "arma, al momento de su fabricación debe haber tenido como finalidad primordial la de ser utilizado como arma", ya sea de ataque o defensa-. Ello sin perjuicio que eventualmente pueda tener otros usos subalternos o secundarios, como por ejemplo, que un revólver pueda ser objeto de exhibición, o una daga pueda usarse para cortar carne, circunstancias que en forma alguna les harán perder sus calidades esenciales de armas, para las cuales fueron construidas. Entiendo que por esta vía puede arribarse a un concepto inequívoco (o al menos mucho más preciso) de lo que jurídicamente puede entenderse por 'arma', excluyendo de su concepto objetos que en forma alguna pueden ser reputados como tales, pero que al asimilarlos a un 'arma', amplían en forma desmedida e indebida los ámbitos de punibilidad de la ley penal. Contribúyese por añadidura a la materialización del principio de 'legalidad material' (artículo 18 CN) que exige la máxima precisión (máxima taxatividad) al momento de enunciar los elementos normativos que integran los tipos penales, de tal modo que las personas que puedan ser alcanzadas por sus consecuencias tengan la posibilidad previa de conocer con anterioridad y exactitud, cuáles son las conductas reprimidas por la ley y de qué manera se lo hace. Ergo, 'arma blanc' -lógica y razonablemente- no puede serlo cualquier objeto que cuente con mango o empuñadura, una hoja metálica de uno o dos filos, y -eventualmente- una punta, sino que tiene que haber sido concebido como 'arma' al momento de su creación.- Así, un cortapapeles no ha sido creado como 'arma blanca, por más que en una emergencia pueda asestar con el mismo una puñalada a un tercero o resistir el embate que hace otra persona-. Un cortapapeles fue fabricado para abrir sobres de correspondencia, y esa calidad no puede ser modificada por la circunstancia que, potencialmente, tenga poder ofensivo o defensivo. Del mismo modo que ocasionalmente podríamos emplear la punta del cortapapeles en cuestión para aflojar un tornillo, pero no por ello se convierte en 'destornillador', o para excavar un pequeño pozo en la tierra, pero no por ello se convierte en pala, y así sucesivamente. En lo concreto de este caso, el cuchillo ('cuchillito', diría) de mesa, de los cuales abundan en los hogares y empleado por el cómplice de M. para perpetrar el hecho, (con una hoja de 7 centímetros de largo, con un filo y punta y un mango de plástico, de factible poder ofensivo), en forma alguna puede sostenerse que fue creado como 'arma blanca', independientemente que en los hechos haya sido utilizado como tal (impropiamente), a pesar de no serlo. En este punto se insiste en que su potencial poder ofen-

sivo no lo convierte en 'arma blanca', ya que ese poder ofensivo no se diferencia del que poseen tantos otros objetos que nos rodean en la vida cotidiana (un trozo de vidrio, una baldosa, un cable, un palo, una lapicera) pero que no por ello, por tener la cualidad de la ofensividad, pueden ser reputados como 'arma' en el sentido jurídico que le asigna la ley. (...) Aunque no es el tema que convoca, no puedo dejar de discrepar con la legitimidad de la categoría de las 'armas impropias' (otra creación pretoriana que vulnera el principio de legalidad material por exorbitar la tolerancia semántica de las palabras), ya que si 'impropio' es aquello 'falto de las cualidades convenientes según las circunstancias' (de acuerdo a la definición que del término proporciona el Diccionario de la Real Academia Española), arma impropia sería un arma que no es arma, o que carece de las cualidades convenientes según las circunstancias, es decir, todo lo contrario a su concepto.

Votando en minoría, encontramos también a la Dra. Camiña, jueza del Tribunal Oral N° 18 de Capital Federal, en la causa 2.004/03/19, "Lopez, Roberto", del 17/1/2004 (reiterando su opinión dada en el caso 1.601, "Miño, Alejandro", del 02/04/2004), quien aseveró que la conducta de quien intentó apoderarse ilegítimamente de los bienes de una persona, mediante la utilización de un cuchillo tipo tramontina, debe ser incluida en la figura básica de robo en grado de tentativa al no haberse empleado un arma, ya que categorizar a dicho cuchillo como un "arma impropia" resultaba una interpretación peligrosa, contradictoria del principio de legalidad, pues dijo que más allá de tratarse de una interpretación analógica se vaciaría de contenido al artículo 164 del CP, el que por su amplio margen punitivo no puede sostenerse que se emplee solo para casos de violencia sin armas.

En tal sintonía se expidió en numerosas ocasiones la Dra. Angela Ledesma, integrante de la Sala I, de la Cámara Federal de Casación Penal. La Magistrada en el caso c. 1.039, "Lazarte, Matías", del 07/05/2014, en el que se había utilizado un pico de botella para ejecutar el robo, señaló que debe imperar el carácter restrictivo de la ley penal, la prohibición de la analogía *in malam partem*, los principios de legalidad y culpabilidad, que la utilización de la expresión arma impropia contradice las reglas de la interpretación gramatical, extendiendo el término más allá de su acepción legal y que el concepto mismo de "impropio" resulta ajeno a la finalidad de la palabra arma. Apoya su opinión en el voto del Juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Vivanco, en la causa "T. G.", del 10/12/1991, indicando:

Desde el punto de vista ontológico el arma es, un objeto físico, con una estructura determinada (forma y materia) y de índole instrumental, apta para una función específica, que exige un manejo adecuado y que se emplea con un fin pretérito (matar o herir). Es factible matar o herir

con un objeto que no sea arma, pero con ello se pone de manifiesto el error de confundir el 'ente' en sí mismo (arma), con la 'función' que se la hace desempeñar. A los fines del artículo 166, inc. 2 del CP, si no se trata de un arma, sino de cualquier objeto que sirva como si fueses un arma para cumplir la finalidad del sujeto y que contribuye a la violencia (lato sensu) lo que se comete es un robo simple, pero no agravado con armas.

Se enrola en esta postura, por mayoría, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la causa Nº 18723, "Diviño, Miguel Ángel", del 29/11/2016, en un supuesto en el que se había usado para perpetrar el atraco una tijera de uso escolar:

Cabe señalar que lo que aquí se encuentra en discusión -el término arma- no se trata de un concepto empírico, sino normativo. La base sobre la cual se funda la posición del tribunal que juzgó el caso, descansa sobre la concepción de las denominadas 'armas impropias', que podrían definirse como aquellas que, sin adecuarse estrictamente al concepto de armas, son equiparadas a éstas por el mayor poder ofensivo que mediante su utilización obtiene el sujeto activo respecto a la víctima. Arma, sin embargo, es aquel objeto construido específicamente para el ataque o defensa, por lo que mal podría extenderse ese concepto a objetos que no encuadran en esa categoría sin recaer en una interpretación analógica *in malam* parte vedada por el principio de legalidad (artículo 18, CN). En este sentido, cabe resaltar que si el legislador hubiera pretendido incluir a objetos que no son armas en sentido estricto dentro del tipo penal que nos ocupa, nada le habría impedido efectuar tal asimilación en forma expresa, tal como lo hace el Código Penal español en su artículo 242, el que reprime con una pena especial el robo cometido mediante el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos. En el caso bajo análisis, la tijera utilizada en el hecho -a diferencia, por ejemplo, de los cuchillos, que son pasibles de ser encuadrados en la doble categoría de arma blanca y de utensilio destinado a comer- es, claramente, un objeto que se utiliza como un útil escolar, lo cual implica, en el razonamiento que aquí se sigue, que no se trata del arma al que hace referencia el tipo penal. Ciertamente la utilización de la tijera por parte de Diviño, y en particular, su aplicación sobre el cuello del damnificado, implicó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa. Esta circunstancia, empero, deberá ser valorada exclusivamente en el momento de la determinación de la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 41, inciso 1º, del CP y no ya en la adecuación del supuesto de hecho en el tipo penal del robo



agravado por el uso de armas. En este sentido, pues, considero que en atención a las circunstancias en que fue empleada la tijera, en la medida en que aumentó la capacidad de agresión del autor y causó un mayor peligro para la víctima, debe ser sancionada, dentro de la escala penal del robo simple, previsto en el artículo 164, CP.

En el otro lado de la senda, como dije, caminan quienes califican el robo de modo agravado cuando el autor utiliza elementos de la más variada clase. Como ejemplos de objetos que han habilitado el reproche en orden al delito de robo mediante el empleo de armas impropias podemos citar: en la ipp N° 30487, “Duarte, Alexis”, el Juzgado de Garantías N° 3 de La Plata condenó, el 17/08/2017, al imputado por robar mediante el uso de una botella de vidrio de la bebida “Dr. Lemon”, que no solo fue exhibida sino también empleada para causar lesiones leves; el Tribunal Oral N° 3 de La Plata en la causa N° 5117, “Cabral, Jonathan Javier”, el 25/08/2017, dictó condena por el robo cometido con un corta telas de metal, cuya exhibición fue acompañada de ademanes y de la frase “dame todo o te pincho”; el Tribunal Oral N° 2 de La Plata, en la causa N° 5415, “Jumilla, Emilio Adrián”, el 06/12/2017, dictó sentencia por el robo ejecutado mediante el empleo amenazante de un destornillador; la Sala IV de la Cámara del Crimen, en la causa N° 24158, “Gordillo, Fernanda”, el 17/05/04, entendió calificado el robo mediante el cual el imputado había colocado en el cuello de la víctima una jeringa con su aguja colocada y un líquido rojo en su interior, amedrentándola con que la iba a contagiar de SIDA. Como se ve en todos esos hechos, los jueces comprobaron el efectivo uso de las armas impropias detalladas.

En idéntica dirección se expidió la Sala III del Tribunal de Casación Provincial, en la causa N° 4595, “S., M. A.”, del 17/09/2015, indicando que el hecho de haber sido apoyada una yuga o ganzúa en el lado izquierdo de la garganta, a unos centímetros de la arteria carótida, califica el robo:

Es mi opinión que por arma debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona, como cualquier otro objeto que, sin tener esa aplicación, sea transformado en arma por su destino al ser empleado como medio contundente (*vgl.* las piedras -baldosas-). Basta que el arma tenga el poder suficiente para lesionar a la persona contra la que se comete el delito. En este sentido, el concepto no es nuevo y ya se afirmaba que ‘La denominación de ‘armas’ no significa ciertamente sólo escudos y espadas y yelmos, sino también los palos y las piedras (G. , D., L, XVI, 41)’ o que ‘Por armados debemos entender no solamente a los que tuvieren dardos, sino también alguna otra cosa que pueda hacer daño (P. , D., XLVIII, VI, 9), más con la denominación de arma se significa la de acero y también palo, piedra y finalmente todo lo que se tiene para causar daño (G. , D., XLVII, II, 54-2). Son

armas propias aquellos objetos específicamente destinados a ‘ofender o a defenderse’, es decir un conjunto de cosas que quedan atrapadas en el campo semántico del vocablo determinado por ese ‘fin’ para el cual fueron construidas; en tanto que armas impropias, son todos aquellos instrumentos que circunstancialmente aumentan el poder de mención, debido al efectivo empleo -como medio violento- que se realiza en el ataque contra la propiedad. Para que el instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva, es la voluntad del sujeto que la utiliza -blandiendo o acometiendo- lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino. El Código Penal, no requiere una capacidad ofensiva determinada, basta que tenga un poder ofensivo suficiente para lesionar a la persona. (...) Observo entonces que los argumentos traídos por el recurrente no desvirtúan el sólido análisis de concurrencia de un arma que contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra una persona para vencer o evitar su las pruebas producidas en autos, y donde se afirma que una de las víctimas fue tomada por el cuello y desde atrás, por uno de los malhechores quien le apoyó la yuga que tenía en sus manos sobre el sector izquierdo de la garganta, a unos dos centímetros de la arteria carótida, base fáctica que ha quedado incontestable.

El Tribunal Oral Criminal N° 3 de La Plata, en la causa N° 4709, “Lucero, Gustavo Ariel”, del 13/04/2016, siguiendo al fiscal de juicio, descartó como agravante la existencia de un cuchillo que había permanecido envainado y sin ser exhibido de modo amenazante, y calificó el hecho solo en base al efectivo empleo de un arma de fuego. Veamos lo dicho:

En oportunidad de formular sus alegatos finales, el Representante del Ministerio Público Fiscal se apartó de la calificación asignada en sus líneas de acusación y solicitó se califique el evento en la figura del ‘robo calificado por el empleo de arma cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse’ en los términos del artículo 166 inc. 2 último párrafo del CP. La defensa, adhirió a la posición de la Fiscalía. Concurdo con las partes en la calificación legal asignada. En efecto, de las declaraciones testimoniales recibidas durante el juicio y el resto de la prueba incorporada por lectura, posibilitó tener por debidamente probada la sustracción sufrida por Lynn y Ayala mediante la intimidación de una pistola que nunca se encontró. Y coincido que no se ha podido probar la utilización del cuchillo que Lucero llevaba en su mano izquierda. Lynn y Ayala en este debate fueron categóricos al identificar el elemento que el acusado llevaba en su mano izquierda. Ambos señalaron haber observado una funda marrón, una vaina, dijo Ayala, pero nunca vieron un cuchillo.

Ese mismo Tribunal, en el marco de la causa N° 5112, “Martínez, Derlis”, del 14/07/2017, mutó la calificación de robo agravado por el empleo de arma impropia a robo simple (artículo 164 del CP) ya que, en el caso, el palo que el imputado había tomado de la calle, no sólo no había sido blandido ni había causado intimidación a la víctima, sino que esta redujo al imputado (se le abalanzó, lo arrojó al suelo, lo inmovilizó y, tomándolo de la remera, lo llevó a una cuadra del hecho para aguardar la espera del móvil policial).

No debemos dejar de incluir en este ítem al robo ejecutado mediando golpes impartidos con un arma de fuego descargada. Aquí el arma no se utiliza conforme a su mecanismo de acción, sino que se emplea de modo impropio. La Sala VI del Tribunal de Casación Provincial, en la causa N° 65.116, “Gomez, Pablo”, del 20/10/2015, aplicó la calificante en un caso en el que la sustracción se efectuó usando un arma de fuego descargada a modo de porra, afirmó:

la defensa pretende discutir la calidad de ‘arma’ del artefacto utilizado por el acusado en el hecho, al considerar que el arma en cuestión se encontraba descargada (...). No cabe dudar que el revólver empuñado conforme se describe en la materialidad ilícita utilizado para asestarle un golpe en la nuca a la víctima, representa un arma (...). Por ello, el tipo penal del robo del artículo 166 inc. 2 del Código Penal se realiza tanto con armas propias como impropias y al ser utilizado un revólver a la manera de porra, se encuentra comprendido en el tipo de marras, desde que el elemento aumentó el poder ofensivo del sujeto activo en la forma utilizada no obstante encontrarse descargada.

## **2) Segundo apartado: “Si el arma utilizada fuera de fuego”.**

Cabe hacer una necesaria aclaración ya que, si nos ceñimos al criterio del artículo 3° del decreto 395/75 que reglamenta la ley de armas N° 20.429 y define su concepto, arma de fuego es la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia; de allí que si, por ejemplo, en el marco de un robo se usaran explosivos, granadas, etc., la imputación debería ubicarse en primer apartado del inc. 2° del artículo 166 del CP y merecería menor pena que el robo con un revolver apto. Ahora bien, tal definición debe interpretarse junto con el texto de la Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados de la OEA, del 13/11/97, aprobada por ley N° 25.449 (B.O. 14/8/01) que considera “arma de fuego” a: “a) cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto; b) cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanza cohete, misil, siste-



ma de misiles y minas” (artículo I, 3). Sin duda esta definición es más amplia que la contenida en el decreto 395/75, pero es la ofrecida por un pacto que nuestro país suscribió y ratificó (artículo 75 inc. 22º de la Constitución Nacional).

Otro tema que ofrece discusión es el relativo a si para probar la aptitud de un arma es menester contar con una pericia de especialidad que así lo determine o esta situación se puede suplir por otras vías.

La Suprema Corte de Justicia se ha expedido al respecto, en la causa P. 77.174, “E., P. D.”, del 20/08/2008, rechazando el planteo defensivo de cambio de calificación por no contarse con el informe pericial, aduciendo que el funcionamiento del arma se hallaba acreditado mediante los testimonios del damnificado y de un testigo que habían asegurado que el imputado había efectuado disparos con el arma que portaba. Criterio que reiteró en la causa P 83.760, “G., A.”, del 03/06/2009.

En idéntica sintonía, la Sala III del Tribunal de Casación Provincial, en la causa Nº 48.048, “G., R. E.”, señaló:

independientemente de no haberse practicado pericia alguna sobre el arma de fuego de referencia -pues no fue secuestrada-, lo cierto es que su aptitud para el disparo se acredita a partir de las declaraciones testimoniales de las víctimas M. D. N. y M. A. R. en tanto ambos aseguraron que inmediatamente luego de que los autores desapoderaran al primero de su vehículo automotor, al emprender la fuga del lugar fue efectuado un disparo de arma de fuego contra la mentada R. (fs. 1/2vta.). En efecto, entiendo que partir de la valoración de los mentados testimonios se arriba en autos a la certeza requerida para este tipo de pronunciamiento en punto a la aptitud para producir disparos del arma utilizada en el hecho.

Con una mirada crítica resolvió la Sala III del Tribunal de Casación, la causa Nº 5949, “V., J. J.”, del 21/11/2012, casando el fallo en razón de que la aptitud del arma había sido recreada por él *a quo* con las declaraciones de la víctima y de un testigo, quienes solo habían afirmado que el acusado portaba un arma de color negro, y rechazó la construcción de una presunción contraria al principio de inocencia que indicaba que “la ineptitud para producir disparos debía ser probada por quien la alega”. Dijo:

las declaraciones del damnificado y del testigo, en cuanto fueron contestes al afirmar que el acusado portaba un arma de color negro, aparecen notoriamente insuficientes para demostrar ‘per se’ que el arma utilizada en el atraco poseía aptitud lesiva. Es que aún en el marco de la razonada convicción, los testimonios referidos debie-

ron armonizarse con algún otro elemento objetivo de valoración, de forma tal que ponderados en su conjunto, permitan erigirse como plena prueba de cargo, sin que subsista, como ocurre en el 'sub lite', una significativa posibilidad de que el arma en cuestión careciera de poder vulnerante. En este sentido, la presunción establecida en el fallo en cuanto a que la circunstancia extraordinaria de ineptitud para producir disparos debe ser demostrada por quien lo alega, lejos está de constituir un extremo fáctico corroborante de la ofensividad del arma, y sólo constituye una utopía que trastoca el orden del proceso, en cuanto incumbe al ministerio público demostrar la hipótesis fáctica llevada a juicio, y la perfecta adecuación de la conducta enjuiciada con las notas típicas del ilícito, a la vez que afecta la presunción de inocencia del imputado al imponerle la demostración de la falta de ofensividad del arma, aún en el paradójico caso de que el acusado sostuviera su ajenidad al hecho colocándolo al límite de declarar contra sí mismo.

**3) Tercer apartado:** "Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería".

En este segmento descansan, sin controversia alguna, los casos de armas no aptas de acuerdo con la pericia pertinente, los casos de armas de juguete o utilería y también podemos incluir los casos en que el arma no fue incautada y no existe prueba alguna que permita recrear su funcionamiento. Asimismo, se incluye el arma pericialmente apta pero descargada.

Veamos cómo ha impactado en la práctica judicial este último caso.

La Sala III del Tribunal de Casación Provincial, en la causa Nº 38.441, "Gómez, Claudio", del 04/11/2010, a los efectos de la inclusión del arma apta descargada en el artículo 166 inc. 2do. expresó:

la inclusión del arma descargada en el supuesto del tercer párrafo del artículo 166 inciso 2do. del Código Penal, aún cuando no se hayan mencionado expresamente su falta de aptitud o descarga, no supone una aplicación de la analogía en contra de la parte, como si lo haría una interpretación literal o gramatical, ya que podría llevar a la absurda conclusión de que en el caso del arma verdadera pero descargada, no resulta de aplicación la atenuación y sí la figura del segundo párrafo, sancionada con una pena de seis años y ocho meses de prisión a veinte años de igual especie de sanción. Una interpretación teleológica conduce a igual conclusión que la que vengo sosteniendo. No puede obviarse que la sanción de la ley tuvo como

finalidad -pública y concretamente expresada- de poner punto final a la discusión que reinaba respecto a la utilización de armas que no generaban un peligro real, ya sea por su ineptitud para producir disparos, porque siendo apta no se encontrare cargada, o porque no fuese verdadera, es decir, de juguete o utilería. Tal enunciación surge tanto del mensaje del Poder Ejecutivo del día 3 de diciembre de 2003, cuanto del escueto debate parlamentario. Resulta en tal sentido de interés, citar las palabras del diputado Damiani quien sostuvo que: ‘la voluntad del legislador es establecer una escala penal que va de tres a diez años para castigar este tipo de hechos, es decir, cuando se utilice algo que parezca un arma aunque no lo fuere. ¿Por qué? Por el mayor poder intimidatorio que ello tiene. De lo contrario, sólo deberíamos castigar esta conducta con la norma del artículo 164, es decir, con el robo simple, la figura básica.’ (...) Pero aún cuando pudiera sostenerse que la expresión ‘arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada’ no incluye el arma descargada, sí lo haría el concepto de ‘arma de utilería’ pues, operando en forma residual, abarca todo elemento con apariencia morfológica de arma de fuego, limitándose, en todo caso la discusión a determinar la aptitud o no de tal elemento para engañar o amedrentar o intimidar al sujeto pasivo’.

Agregó esa misma Sala, en un precedente posterior, causa N° 63.415, “Silva, Ángel”, del 02/02/2015, que no puede obviarse que la sanción de la ley N° 25.886 tuvo como finalidad poner punto final a la discusión que reinaba respecto a la utilización de armas que no generaban un peligro real, ya sea por su ineptitud para producir disparos, porque siendo apta no se encontrare cargada o porque no fuese verdadera, es decir de juguete o utilería.

En la causa N° 72.785, “Benítez, Rodrigo”, del 22/11/2016, destacó que el uso de un arma descargada o que no es apta para su disparo con el objeto de amedrentar a las víctimas y procurar el desapoderamiento buscado, encuadra en el tipo penal de referencia, pues el legislador, al introducir las modificaciones a la ley N° 25.882, no solo ha tenido en cuenta el poder ofensivo de las armas que se utilicen en un robo, sino también el temor que dichos objetos pueden provocar en la víctima del delito.

En igual sentido se expidió la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa N° 6390, “Moroni, Javier”, del 14/10/2015.



### III.5. Robo y privación de la libertad

En este punto se generan problemas en razón de que resulta una cuestión natural e incontrastable que, en el proceso de un robo, la víctima vea limitada su libertad de locomoción, ya que el sujeto activo la mantiene a su merced, así sea por un breve lapso de tiempo.

La cuestión a dilucidar es si siempre que estemos en este escenario delictivo, la imputación se traducirá en el delito de robo y el de privación de la libertad (concurso real o ideal) o solo se reprochará el primero de estos (concurso aparente). Para dar esta respuesta, los jueces prestan atención a la magnitud de la conducta desplegada, ya que si esta excede la violencia necesaria para la comisión del despoberamiento (un plus), la imputación contendrá a ambos tipos penales, ya sea bajo la forma de concurso ideal o real, de acuerdo con las particularidades de caso.

Un caso interpretado como un concurso ideal (artículo 54 del CP) lo podemos observar en lo resuelto por la Sala V del Tribunal Provincial de Casación, causa 75.655, “Ramires, Oscar”, del 8/09/2016, en el que sostuvo que, dado que las víctimas habían sido maniatadas con precintos en manos y pies, la privación de la libertad no quedaba absorbida por el robo, sino que se trata de un único hecho con subsunción en dos tipos penales diferentes:

Tengo dicho en causa nro. 28.533, ‘Benítez Bogado’, RSD nro. 535/2012, entre otras, que el concurso aparente de delitos se configura cuando una figura penal, en forma conceptual o material, se encuentra enteramente contenida dentro de otra que, ya sea por especialidad, consunción o subsidiariedad, permite contemplar jurídicamente el hecho de manera conjunta y más precisa. No se trata propiamente de un concurso de leyes, puesto que esta categoría conceptual sólo se refiere a los casos en los que un hecho cae bajo una única sanción penal, que en virtud del principio de legalidad debe ser siempre la que corresponde a la figura penal más específica, excepto cuando el legislador lo resuelve de otro modo a través de una cláusula residual. En cambio, cuando la relevancia jurídico-penal de una misma conducta no puede ser captada en su totalidad por una única norma jurídica y, para ello, es necesario recurrir a otras figuras penales que sancionan el hecho teniendo en cuenta algunos aspectos distintos, la relación de leyes deja de ser aparente para convertirse en un verdadero concurso ideal. La figura del robo no contiene como elemento típico la vulneración a la libertad individual con el alcance que establece el delito de privación ilegítima de la libertad, es en ese sentido que se entiende que en el accionar desplegado se observa un plus que excedió la violencia necesaria para la comisión del despoberamiento.

to. En efecto, ambas víctimas fueron maniatadas, inclusive Mariano Gorla se vio obligado a romper los precintos de sus manos cuando los coautores se retiraron, continuando su privación pues aún estaba atado en sus pies, mientras que su progenitora seguía sujeta, resultando innecesaria la privación de la libertad para perpetrar el robo si se tiene en cuenta que portaba uno de ellos un arma de fuego, por lo que la manera de vincularlas entre sí es a través de las reglas del artículo 54 del Código Penal, como bien lo ha dispuesto el Tribunal a quo. Por lo tanto, resulta acertado estimar aplicables las reglas del concurso ideal con sustento en que la privación de libertad no queda absorbida por el robo, sino que se trata de un único hecho que se subsume en dos tipos penales diferentes.

Apoya la existencia de un concurso real (artículo 55 del CP) la Sala II del Tribunal de Casación provincial, en la causa Nº 74.402, “Oldman, Eulalio”, del 02/03/2017, en un suceso en el que la privación de la libertad duró una hora y diez minutos:

El causante Eulalio Oldman, en forma conjunta con otra persona del sexo masculino, actualmente prófuga, mediante intimidación con un cuchillo tipo ‘tramontina’ y un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse al no haberse secuestrado, se apoderaron ilegítimamente de una billetera, conteniendo efectos personales y dinero en efectivo, un teléfono celular marca Samsung modelo Galaxi S2, un aparato de GPS marca garmin y un radio de comunicaciones de taxi marca Vertex -todo ello propiedad del conductor del rodado Carlos Fernando Rivadeneira-, oportunidad en la que además los mencionados privaron ilegítimamente de su libertad ambulatoria al nombrado mediante intimidación, profiriéndole amenazas con las armas aludidas, desde la mencionada intersección de avenidas en la ciudad de Buenos Aires y hasta donde se produjo la aprehensión del nocente en Avenida Constituyentes y Wiliam Morris de la localidad bonaerense de Villa Zagala y partido de San Martín, todo ello por un lapso temporal estimado de una hora y diez minutos (...) de conformidad con la exteriorización material del hecho que se tuvo por debidamente probado, lo cierto es que la restricción forzada de la libertad ambulatoria del damnificado excedió -conforme la víctima describe el suceso- en tiempo y distancia, la necesidad de un robo como el que fuera descrito; lo cual también explica la independencia de las acciones haciendo de aplicación el artículo 55 debidamente empleado en el fallo, toda vez que su inmediatez cronológica no impide separar los delitos que, además, atacan bienes jurídicos diversos sin que pueda encontrarse ninguna vinculación de otra índole que la señalada por la ley penal en el mentado artículo 55 del Código Penal.

La Sala II del Tribunal de Casación Provincial, en la causa N° 12.351, “P. O. I.” del 16/09/2008, señaló:

si bien se aduce que la permanencia de la víctima a bordo del rodado no excedió el marco de violencia propio del robo, cabe señalar que de la base fáctica que ha resultado probada y no logró ser conmovida surge que desde el momento en que los individuos se subieron al vehículo, la víctima permaneció privada de su libertad por un espacio aproximado de cuarenta minutos. Resulta relevante también que luego de intimidarlo, golpearlo, provocarle lesiones con ‘un caño’ y desapoderarlo de su reloj, billetera y otros objetos personales, los individuos continuaron su marcha con la víctima a bordo del rodado, hasta que por un desperfecto mecánico quedaron varados en un descampado. Luego ‘emprendieron la huída a pie, ordenándole que los siguiera bajo amenazas de muerte’ y más tarde le ordenaron que corriera. De esas circunstancias aparece claro que la privación ilegítima de la libertad cobró autonomía respecto del robo calificado, pues rebasó los límites propios del desapoderamiento para anular a la víctima, ya que la misma fue retenida a pesar de que ya se había logrado el despojo que se habían propuesto los agentes.

Habría concurso aparente según la Sala III del Tribunal de Casación Provincial, causa N° 64.158, “Llaneza Andrés”, del 11/07/2015, si por la mecánica del hecho, la retención fue únicamente para desapoderar a la persona de sus bienes. Así los delitos contra la propiedad y la libertad no concurrirán de ningún modo, sino que la figura más grave, el robo, absorberá, concurso aparente mediante, al delito más leve, la privación ilegal de la libertad.

### **III. 6. Robo y encubrimiento**

Teniendo en cuenta la íntima conexión que puede darse entre un tipo penal y otro (circunstancias de tiempo, modo y lugar), los escollos surgen al escoger cuál de los dos delitos puede ser imputado a un suceso dado. El tipo penal que se escoja, a los efectos del dictado de una sentencia de condena, deberá tener suficiencia probatoria y no obtenerse por simple descarte.

La Sala I del Tribunal de Casación Penal, en la causa N° 74.001, caratulada “Videtto, Kevin”, del 10/05/2016, se ocupó de la suficiencia del plexo probatorio y decretó la absolución del imputado por el delito de encubrimiento en razón de la ausencia de pruebas concretas, afirmando de modo firme que la duda sobre la existencia del robo no deriva en la necesaria y automática certeza en el delito de encubrimiento, ya que el principio de inocencia abraza a ambas figuras:



Ahora bien, aunque parezca una obviedad, la autoría del delito de encubrimiento presupone siempre la comisión de otro delito previo, por parte de un tercero. En el caso, no existe en todo el veredicto una sola línea que acredite el modo como el auto incautado llegó a manos del imputado. De hecho, ninguno de los coimputados explicó el origen del auto, por lo que en rigor de verdad, ninguno afirmó haberlo comprado, adquirido o transferido. Y el punto deviene esencial, puesto que esa ausencia de prueba y motivación impide descartar la hipótesis de que la sustracción hubiera sido perpetrada por el imputado, máxime, vista la proximidad entre la fecha de la sustracción y el encubrimiento -un día- (artículo 1º del rito). Vale decir, que del único hecho comprobado, esto es, que el imputado se encontraba en posesión de un auto sustraído previamente, el tribunal infiere que ese rodado llegó a manos de Videtto a raíz de la comisión de un delito previo que no fue cometido por él. El modo como el 'a quo' llega a esta conclusión implícita (pero imprescindible, dado que no es legalmente posible "encubrir" el delito propio) resulta para mí arbitrario, pues como dijera, no existen elementos de prueba que la avalen (artículos 106, 210 y 373 del código adjetivo). Es que si no es posible afirmar si el imputado 'recibió' o, lisa y llanamente, se apoderó ilegítimamente del auto, entonces no es posible derivar ni que existió un delito previo ni que tal delito fue cometido por un tercero, por lo que la condena deja abierta la posibilidad de que se haya condenado a Videtto por encubrir un hecho anterior, delictivo y 'propio'. En esta senda, el razonamiento que trae la sentencia se verifica como falaz, pues aunque aparentemente resultaría respetuoso del principio de inocencia, al evitar una condena en orden al delito de robo, termina subvirtiendo el principio, al condenar por el delito de encubrimiento, y me explico. La duda no es un supuesto que pueda paralizarse a una sola figura delictiva cuando, en casos como el presente, dos de ellas se encuentran alcanzadas por la misma indeterminación fáctica; en estas situaciones, por el contrario, ella opera necesariamente en un doble sentido, en beneficio del imputado. A consecuencia de lo expuesto, del hecho de que exista duda respecto de la autoría del robo no puede derivarse necesaria y automáticamente que exista 'certeza' respecto del encubrimiento. Duda mediante, en consecuencia, concluyo que no es posible tener por acreditados los extremos típicos requeridos por el artículo 277 del Código Penal. En virtud de ello, entiendo que el veredicto recurrido no se encuentra constitucionalmente motivado en este punto, por lo que deberá casarse el pronunciamiento impugnado, dictándose veredicto absolutorio.

Un precedente de la Sala III del mismo órgano judicial, causa N° 1234, "Pillwein, Miguel Angel", del 10/07/2003, viró el reproche que se había efectuado por

el delito de hurto (puede aplicarse al delito de robo también) hacia la figura de encubrimiento y así redujo sustancialmente la pena impuesta. En el caso, el *ad quem* modificó la calificación en virtud de las siguientes razones:

Por otra parte, debe señalarse que la imputación de una conducta a título de autoría exige la verificación durante el proceso -en forma tal que se alcance un estado de certeza- de que el sujeto activo ha tenido el dominio sobre el hecho ilícito que se le atribuye, el cual puede ser ejercido en forma directa, mediante la ejecución personal y voluntaria de la conducta ilícita, o indirecta, mediante la utilización de otra persona como instrumento, pero manteniendo el referido dominio del hecho -supuesto de la autoría mediata-. Nada de ello ocurre en el caso de la sentencia atacada, pues a los efectos de la conformación del estado de certeza que permita tener por acreditada la autoría en el delito de hurto, sin perjuicio de las reglas de la sana crítica que rigen la apreciación de la prueba en el actual régimen procesal, no resultan suficientes la mera constatación de la posesión de los efectos hurtados, ni del conocimiento por parte del sujeto activo sobre su ilícita procedencia, ni de la mendacidad en las explicaciones intentadas por el acusado.

### III. 7. Testigo único del robo. Valoración

¿Qué sucede cuando del robo con arma se registra como único testigo a la víctima del atraco y además el arma no fue secuestrada?

El axioma según el cual el testimonio único resulta de ningún valor no reviste carácter de norma imperativa en nuestro derecho. En realidad, el problema que plantea la existencia de un único testigo a los efectos de pronunciar una condena no es de orden legal (pues no existe prohibición al respeto), sino lógico jurídico, dado que exige una motivación sólida que desbarate el principio de inocencia, motivación que no puede sostenerse pura y exclusivamente en la credibilidad del testigo (artículos 18 de la Constitución Nacional, 1º y 210 del ritual) pues ello implicaría preconstituir una premisa falsa, esto es, que el justiciable miente por el solo hecho de revestir la calidad de imputado (tal como lo ha sostenido la Sala III, TCP, en el caso “Benítez, Gustavo”, causa Nº 18.147, del 21/10/2014).

En dicho caso, la Sala avaló el criterio del *a quo* que había dado por probado un robo con arma, no solo con el testimonio de la víctima, sino con la corroboración de otros dos testimonios, diciendo:

La convicción del juez se ha formado no sólo con el testimonio de la víctima sino también con la concordancia del relato de su madre y la empleada de aquél, Liliana Martínez, quienes aportaron prueba cabal

de que lo relatado por la víctima era veraz y en consecuencia, el aquí imputado fue uno de los partícipes del robo. En efecto, Liliana Martínez comentó que en momentos en que se encontraba con la niña Araceli Aquino dentro del domicilio, una persona la intimido con arma de fuego.

Por la senda de que no es necesario contar con el secuestro del arma (en el caso un arma impropia, un objeto con punta) para dictar condena por el delito de robo con arma, se enrola la Sala II, del Tribunal de Casación Provincial, en la causa Nº 64.087, “Cavalleri, Emiliano”, del 28/10/2014, haciendo reposar la prueba de la existencia del arma en la declaración de testigos:

Los jueces tuvieron comprobado que (...) el día 30 de agosto del año 2012, siendo alrededor de las 18.30 horas, dos sujetos de sexo masculino se hicieron presentes en el exterior del SUM de la Escuela Industrial de la ciudad de Olavarría (...), lugar donde se encontraban Cristian Hernán Quinteros y Leonardo Miotti y en esas circunstancias una de dichas personas, previo a extraer un arma impropia y de oportunidad, más precisamente un objeto con punta que portó de una de sus manos, se dirigió a la persona del nombrado Quinteros y utilizando el arma en cuestión, lo intimidó esgrimiéndola a la altura del pecho al mismo tiempo que le refirió ‘Dame la bici’ para apoderarse en esa ocasión en forma ilegítima de un bien mueble totalmente ajeno que resultó ser una bicicleta (...), dándose a la fuga del lugar a bordo del biciclo junto al otro sujeto que lo acompañaba, siendo a la postre aprehendido con el producto del ilícito (...).

A partir de allí, los magistrados también concluyeron en la primera cuestión de la sentencia que la conducta descripta configuraba el delito de robo calificado por el uso de arma, en los términos del artículo 166 inc. 2º, primera parte, del CP. Entiendo que esta conclusión debe compartirse, puesto que para arribar a ella los jueces siguieron un camino argumental y de valoración probatoria inobjetable, sin que su desarrollo haya resultado desbaratado por las elucubraciones desarrolladas por la impugnante. Es que, en primer lugar, en ocasión de contestar un planteo similar al que ahora se reedita, el tribunal de mérito justificó la comprobación de los elementos típicos necesarios de la figura enrostrada a partir de la versión de los hechos dada por la víctima, Cristian Hernán Quinteros, cuando aludió a la presencia de un objeto con punta en las manos del agresor, de unos dos o tres centímetros, con el cual fue intimidado mediante su exhibición por parte de uno de sus agresores, que además se lo acercó a la altura del pecho. Si se tiene en cuenta lo narrado por el damnificado, aparece con claridad la tipicidad prevista en el artículo 166 inc. 2º, primera parte, del CP, pues en efecto el robo parecido por Quinteros se cometió mediante el empleo de un arma, que en el caso fue el objeto



con punta con el que fue intimidado el nombrado y el cual le fue colocado en el pecho, tras lo cual se lo desapoderó de su bicicleta. Además, como bien explica el tribunal, no resulta necesario para tener por acreditado el uso del arma su pericia o su secuestro. En efecto, ello no se condice con el principio de libertad probatoria vigente en nuestro sistema procesal penal, que no exige la producción de determinada prueba para probar alguno de los extremos de la acusación (artículo 209 del CPP). En el caso, comparto con el *“a quo”* que resulta suficiente la visualización del arma por parte de la víctima, que dio adecuada cuenta de ello durante el debate oral.

Dicha Sala se expidió en igual sentido en la causa N° 12.351, “P.O.I.”, del 16/09/2008, en la que no se efectuó la incautación del caño empleado para ejecutar el robo: es que, sobre la base de afirmar que el “caño” señalado por la víctima no fue habido, pretende la recalificación del hecho afirmando que el mismo no existió. Pero ese camino no parece acertado, pues resulta ajeno al principio de libertad probatoria que rige en nuestro actual ordenamiento procesal y, así, el planteo de la parte aparecería más vinculado con un sistema de prueba tasada que no rige en la actualidad. La acreditación de un “caño, largo y negro, utilizado como arma impropia” no merece objeciones, ya que debe tenerse en cuenta no solo la manifestación de la víctima en ese sentido, sino además la entidad de las lesiones sufridas y que resultaron certificadas en el caso, que se compadecen con el empleo del objeto señalado. Entonces, la subsunción típica de la conducta en estudio dentro de la figura penal legislada por el artículo 166 inc. 2° es adecuada, sin que se conmueva dicha calificación por la circunstancia de que el objeto no haya sido secuestrado, ya que la presencia y utilización de dicho elemento no escapó de la percepción de la víctima. En virtud de ello, corresponde el rechazo del planteo.

Idéntico criterio pregonaba la Sala I del Tribunal de Casación Penal, causa N° 72.495, “Villalba, Ezequiel”, del 10/12/2015, que apoyada en la libertad probatoria entendió como absolutamente admisible la acreditación de la utilización de un arma de fuego en forma impropia a través de declaraciones testimoniales. En el caso, las víctimas habían afirmado que los cuatro individuos que ingresaron a su propiedad los golpearon en la cabeza con el caño de las armas que exhibieron y los quemaron con brasas para lograr obtener más información sobre la existencia de objetos de valor, aspectos corroborados con el examen médico valorado en la sentencia.

Dicha Sala, en la causa N° 73.292, “González, Braian”, del 19/04/2016, también libertad probatoria mediante, indicó que no resultaba obstáculo para el dictado de condena el hecho de que no se hubiese secuestrado el arma, ni que la víctima no pudiera describirla. Argumentó que, la damnificada no pudo describir al objeto que se utilizó en la agresión, pero sí fue clara al sostener que le quedó una

marca en la zona del abdomen. Preciso que el sujeto activo la abrazaba desde atrás y sintió que la lastimaba, que la pinchaban con algo y le ardía. Luego constató que tenía cortada la manga de la campera y “colorada la panza”, que le quedó un puntito y que lo rojo le duró todo un día (pág. 7vta.). Agregó que el asaltante tenía una navaja, o un cuchillo o algo por el estilo. El relato de Antonella Magalí Machado no sólo fue tenido en cuenta por el órgano de juicio para elaborar su decisión, sino que además no recibió ningún tipo de objeción por parte de la defensa. Ello me lleva a una sola conclusión: no existen razones para descreer del contenido de ese discurso. Pero además, el testimonio en cuestión es corroborado por los dichos de su progenitora Rita Noemí Castaño, quien también resultó víctima del hecho atribuido a González. La testigo reconstruyó las circunstancias en que fueron abordadas por los jóvenes, y sus dichos fueron contestes con los de su hija en cuanto el corte de la campera y las heridas sufridas. Rita Noemí Castaño tampoco pudo identificar si quien agarró por detrás a Machado estaba en poder de un cuchillo o una navaja, pero no dudo al sostener que le rompió la campera y le dejó marcas en su abdomen: “Después me mostró y tenía como puntitos, como que te pinchan con algo y como que se extendió la lesión después y quedó rojo” (p. 7). Este testimonio, que tampoco fue impugnado por la defensa, merece la misma consideración que se realizara respecto a la narración de Machado: goza de plena credibilidad. Desde esta perspectiva, el agravio de la defensa se diluye porque en definitiva gira en torno a la ontología de la noción de arma, desentendiéndose de la significación jurídica que se desprende de conductas humanas como las que toca juzgar en este momento. En tal sentido, el concepto jurídico de arma se integra con aquel universo de objetos que, si bien no fueron creados expresamente con el fin de aumentar el poder ofensivo o defensivo de las personas, por su modo de empleo se adecuan al fundamento por el que se agrava el tipo básico del delito de robo. Por lo tanto, será arma impropia todo cuerpo que, por la manera en que es utilizado, no sólo aumenta el factor intimidante tendiente a anular la resistencia del sujeto pasivo, sino que además por su eficacia vulnerante incrementa el peligro para la vida o integridad física del damnificado. Como se podrá apreciar, en este caso concreto, no resulta dirimente si el instrumento utilizado por uno de los coautores del hecho era un cuchillo, navaja, punzón, cuello roto de botella de vidrio, etc. En cambio, sí resulta relevante destacar que, en el marco de un despoDERAMIENTO violento, se empleó un objeto punzo-cortante con suficiente entidad para acrecentar el elemento intimidatorio sobre las víctimas, y con capacidad real para lesionarla o poner en peligro su vida. Finalmente, con el objeto de responder cabalmente a la agraviada, debo resaltar que la falta de descripción del elemento usado contra la humanidad de Antonella Magalí Machado, como así también la ausencia del secuestro de ese objeto, no es obstáculo para dar por comprobado el uso del arma impropia. La norma contenida en el artículo 209 del CPP establece el sistema de libertad probatorio para acreditar todos los hechos y particularidades relacionadas con el objeto del proceso. En tal sentido, tanto la utilización del obje-

to punzo-cortante como las lesiones padecidas por Machado, quedaron comprobadas a partir de prueba testimonial que no resultó impugnada por la agraviada.

El Tribunal Oral Criminal N° 3 de La Plata, en la causa N° 4709, “Lucero, Gustavo Ariel”, del 13/04/2016, pese a no contar con el secuestro del arma, condenó en orden al delito de robo con arma no habida diciendo que “Fue un desapoderamiento violento, en el que los damnificados “sintieron miedo y quedaron paralizados”, con el empleo de una pistola que no se encontró pero que se exhibió, se utilizó y hasta se cargó para intimidar a las víctimas, tal cual lo relató Lynn en este debate”.

En la otra vereda se ubican quienes reclaman el secuestro del arma para dictar una sentencia condenatoria. La Sala II de la Cámara del Crimen, en la causa N° CCC 23104/2009/TO1/CNC1 “Villarreal Darío Fabián”, del 09/09/2016, principio de inocencia mediante resolvió:

el recurrente negó que el robo se hubiese cometido efectivamente con un arma de fuego, toda vez que la existencia de aquel elemento sólo se constató en base a un único relato y que, además, el armamento secuestrado tiempo después, resultó ser otro del supuestamente utilizado en el atraco. Por tales motivos, concluyó, debe condenarse a su defendido al mínimo de pena por el delito de robo simple. El Congreso Nacional, actuando en las condiciones antes aludidas, se inclinó, mediante la ley 25882 -una de las tantas leyes referidas- por sustituir el criterio objetivo, que regía jurisprudencialmente, en materia de violencia contra las personas propia del delito de robo, por el subjetivo, según el cual debe atenderse a la impresión personal de la víctima de considerarse amenazada en su integridad física por el empleo de un elemento vulnerante en el momento del desapoderamiento, en lugar de reparar en el riesgo verdaderamente corrido por ese bien jurídico. Luego, al penal con una escala agravada el robo cometido ‘*con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada*’ (la cursiva me pertenece), como enfáticamente se pronuncia en tal disposición de fondo, no sólo abandona la claridad y precisión conceptual requeridas, sino que carga en los hombros del sujeto activo del robo una imposibilidad probatoria que, en homenaje al carácter excepcional de la legislación punitiva, debería servir exclusiva y excluyentemente para retrotraer el encuadre de la conducta analizada a la figura básica. El legislador puede penar acciones u omisiones, no vengarse de antemano de la impotencia procedimental de los aplicadores de la ley, endureciendo su reacción frente al individuo imputado. Si no es posible acreditar un extremo cualquiera del supuesto fáctico previsto, descrito y asociado a una pena, la situación sobre ese particular



es de duda acerca de su real concurrencia. No es posible compaginar una situación de imposibilidad absoluta de comprobación de la aptitud para el disparo de un determinado objeto con la afirmación apodíctica de que ese objeto era, en rigor, un arma y -por añadidura- un arma de fuego. La duda, en cualquier cosa, favorece al reo, salvo que se haya decidido soslayar el principio de inocencia que deriva de la letra del artículo 18 de la Constitución Nacional. Es del caso recordar, en paralelo, que la ley penal, además de previa, escrita y cierta, debe ser estricta, con el fin de eliminar el arbitrio judicial, exigencia que veda toda interpretación analógica de su texto. Y huelga redundar en que es un error trágico integrar la ley con alusión a las reales intenciones del legislador, pues posibilita la expansión arbitraria de la potencia punitiva estatal en desmedro de la exigencia rectora de la legalidad y de sus cuatro cualidades. Como fue anticipado, el óbice señalado exime de adentrarse en el terreno del principio de ofensividad o lesividad, en el que si -por mera hipótesis- cupiera ingresar, nos hallaríamos con un plus de pena basado en una mera probabilidad de mayor riesgo para un bien jurídico, alternativa que desconoce groseramente el juego armónico de los principios de legalidad y reserva contenidos en los artículos 18 y 19 de nuestra Ley Fundamental.

Opinión que enarbola también el precedente emanado del Tribunal Oral N° 5 de La Plata, con la integración unipersonal del juez Medrano, en la causa N° 3499/1633, "Acosta, Alexander", del 28/06/2017, en el que el magistrado desechó la calificante del arma, ya que si bien contaba con un testigo presencial del hecho, no poseía otra prueba de corroboración o de respaldo.

La testigo refirió:

el sujeto que en principio se quedó en la puerta se aproxima al cliente que estaba sentado frente a una computadora y esgrimiendo una botella de cerveza en la mano le dice: 'quedáte quieto no hagas nada o te rompo la botella en la cabeza, el cliente obedece al sujeto'. Esta circunstancia, si bien surge del relato de la propia víctima, no encuentra refuerzo o comprobación objetiva en ninguna de las constancias probatorias obrantes en la instrucción. No se llamó a declarar al cliente quien habría sido víctima de aquella amenaza con la botella, como tampoco se constató la presencia de este elemento en el lugar; con lo cual, lejos de entender mendaz la declaración del testigo Gómez, en este punto el relato lo encuentro desprovisto de elementos objetivos que refuercen el empleo o modo de empleo de la botella respecto del ocasional cliente. De allí que -en orden al principio constitucional y convencional receptado en el artículo 1 del CPP- la duda en este sen-

tido repercutirá en el encuadre legal bajo el cual será interpretado el desapoderamiento violento que sufriera Selva Natalia Gómez.

#### IV. Conclusión

Como palabras finales he de señalar que, siendo el objetivo de este artículo que el lector tome contacto con un bloque preciso y actualizado de información sobre los puntos escogidos, y conociendo que los temas que orbitan en relación con la figura del robo son inagotables, es mi anhelo que luego de la lectura del catálogo de experiencias judiciales que se han reunido en este artículo, la toma de posición por alguno de los criterios retratados sea una tarea más sencilla.

#### V. Bibliografía

- Binder, A. (2004). *Introducción al Derecho Penal* (p. 194). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Corcoy Bidasolo, M. (2016). *Imputación objetiva y principio de lesividad* (p. 12). Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar>
- Donna, E. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II- B (p. 160). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Fontán Balestra, C. (1996). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V, parte especial. 3º ed. (pp. 157-158 y 556). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Luzón Peña, D. M. (1995). Causas de atipicidad y causas de justificación. *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho Penal* (p. 28) Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Mir Puig, S. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (p. 524). Buenos Aires: Editorial, B de f.
- Núñez, R. (1989). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Parte Especial (p. 267). Córdoba: Ed. Lerner.
- Rivarola, R. (1890). *Exposición y Crítica*, T II N° 766 (p. 295). Buenos Aires: Ed. Félix Lajouanne.
- Romero Villanueva, H. J. (2008). *Código Penal de la Nación y legislación complementaria. Anotados con jurisprudencia* (p. 168). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Suárez González, C. J. (1997). El desistimiento como modificación del hecho. *Estudios de Derecho Penal* (p. 325). Madrid: Civitas S. A.

Tozzini, C. (2002). *Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*. 2º ed. actualizada (p. 29). Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis.

Welzel, H. (1997). *Derecho Penal Alemán* (p. 67). Chile: editorial jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal*. Parte General (p. 840). Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2003). *Tratado de Derecho Penal*. Parte General (p. 494 y ss.). Buenos Aires: Ediar.

### **Jurisprudencia**

C.S.J.N., 1986, "Adami", Fallos 308:1796.

SCJBA, 20/08/2008, "E., P. D.", P 77.714.

SCJBA, 03/06/09, "G., A", P 83.760.

SCJBA, 10/12/1991, "T., G."

C.F.C.P., Sala I, 14/10/2015, "Moroni, Javier", c. 6390.

C.F.C.P., Sala II, 31/10/2012, "G., H.H.", c. 15.556.

C.F.C.P., Sala I, 07/05/2014, "Lazarte, Matías", c.1, 039.

C.N.C.C.C., Sala II, 29/11/2016, "Diviño, Miguel Ángel", C. 18723.

C.N.C.C.C., Sala V, 15/02/2011, "B., L. A.", c. 115.448.

C.N.C.C.C., Sala V, 31/03/1986, "Pelay, Luis M.", c. 19.153.

C.N.C.C.C., Sala I, 06/05/2004, "Álvarez, Mariano Gastón", c. 23368 bis.

C.N.C.C.C., Sala III, 07/09/2015, "Rodríguez, Rodolfo Iván", c. 12.701.

C.N.C.C.C., Sala IV, 27/02/2014, "R., F. A.", c. CCC 2543.

C.N.C.C.C., Sala I, 31/03/05, "Cortez, Jonathan Emmanuel", c. 25345.

C.N.C.C.C., Sala I, 07/01/05, "Wallace, Cristian", C. 39 c.

C.N.C.C.C., Sala I, 06/08/04, "Chambi Choque, Roberto", c. 24863.



- C.N.C.C., Sala de feria, 28/01/2009, “Drogo, Víctor Ángel”.
- CN.C.C., Sala V, 05/02/2016, “R. M. N. R. s/ robo”, c. V. CCC 3201/2016/CA2.
- C.N.C.C., Sala I, 11/02/2016, “Saladino, Luciano Jorge s/ robo”, c. 18.137/13.
- C.N.C.C., Sala II, 30/08/2016, “Lagos, Carlos Ariel”, c. CCC 61062/2013/TO1.
- C.N.C.C., Sala II, 09/09/2016, “Villarroel, Darío Fabián”, c. CCC23104/2009/TO1.
- U.F.F., 02/03/2018, “Suchini, Franco”, IPP 06-00-005987-18/00.
- U.F.F., 13/12/2017, “Luciano, Gabriel Elías”, IPP 06-00-048359-17/00.
- J.C. Capital Federal, Sección 52, 26/03/2006, “Jerez, Víctor Eduardo”, c. 42.530.
- J.G. n° 3 de La Plata, 17/08/2017, “Duarte, Alexis”, IPP 06-00-030487-17/00.
- T.C.P.B.A., Sala IV, 19/02/2015, “Gómez, Ezequiel”, c. 65.403.
- T.C.P.B.A., Sala II, 28/10/2014, “Cavalleri, Emiliano”, c. 64.087.
- T.C.P.B.A., Sala III, 12/04/2016, “Gómez, David”, c. 74.256.
- T.C.P.B.A., Sala IV, 08/09/2016, “Ramires, Oscar”, c. 75.655.
- T.C.P.B.A., Sala IV, 28/06/2016, “Gutierrez, Francisco”, c. 75.894.
- T.C.P.B.A., Sala IV, 26/03/2013, “Roldan, Oscar Antonio”, c. 55.282.
- T.C.P.B.A., Sala II, 21/05/2013, “Lazarte, Agustín Alejandro”, c. 55.070.
- T.C.P.B.A., Sala II, 21/11/2012, “V., J. J.”, c. 5949.
- T.C.P.B.A., Sala II, 04/11/2010, “Gómez, Claudio”, c. 38.441.
- T.C.P.B.A., Sala II, 02/02/2015, “Silva, Ángel”, c. 63.415.
- T.C.P.B.A., Sala II, 22/11/2016, “Benítez, Rodrigo”, c. 72.785.
- T.C.P.B.A., Sala II, 02/03/2017, “Oldman, Eulalio”, c. 74.402.
- T.C.P.B.A., Sala II, 16/09/2008, “P., O. I.”, c. 12.351.
- T.C.P.B.A., Sala III, 11/07/2015, “Llaneza, Andrés”, c. 64.158.

- T.C.P.B.A., Sala I, 10/05/2016, "Videtto, Kevin", c. 74.001.
- T.C.P.B.A., Sala II, 10/07/2003, "Pillwein, Miguel Ángel", c. 1234.
- T.C.P.B.A., Sala III, 21/10/2014, "Benítez, Gustavo", c. 18.147.
- T.C.P.B.A., Sala I, 10/12/2015, "Villalba, Ezequiel", c. 72.495.
- T.C.P.B.A., Sala I, 19/4/2016, "González, Braian", c. 73.292.
- T.C.P.B.A., Sala I, 04/02/2014, "Ruciani, Luciano Franco", c. 60.074.
- T.C.P.B.A., Sala III, 26/04/2011, "O., N. M.", c. 38.167.
- T.C.P.B.A., Sala III, 17/09/2015, "S., M. A.", c. 4595.
- T.C.P.B.A., Sala IV, 14/05/2013, "D., L. E.", c. 55.114.
- T.C.P.B.A., Sala V, 16/05/2017, "Tello, Daniel David", c. 78.444.
- Tribunal Superior Córdoba, 05/07/2002, "Maujo, Eduardo G."
- T.O.C. nº 3 de La Plata, 13/04/2018 "Lucero, Gustavo Ariel s/ robo", c. 4709.
- T.O.C. nº 5 de La Plata, 28/06/2017, "Acosta, Alexander", c. 3499/1633.
- T.O.C. nº 3 de La Plata, 25/08/2017, "Cabral, Jonathan Javier", c. 5117.
- T.O.C. nº 2 de La Plata, 06/12/2017, "Jumilla, Emiliano Adrián", c. 5415.
- T.O.C. nº 15 de Capital Federal, 01/03/2017, "Bruno, Héctor", c. 4.917.
- T.O.C. nº 18 de Capital Federal, 17/01/2004, "López, Roberto", c. 2.004/03/19.
- T.O.C. nº1 de Necochea, 12/08/2005 "M, J. M.", c. 3960.

Fecha de recepción: 19-04-2018      Fecha de aceptación: 22-05-2018